Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Höpfner, Ludwig Julius Friedrich,

Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen nach deren neuesten Ausgabe

Bd.: 1

Frankfurt a.M. 1787

Bamberg, Staatsbibliothek -- J.c.q.5(1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11703842-5
VD18 12565342-001

Da XVI ~~34~~ a ~~80.a~~

Da XVI 44/a-b ~~45~~

F. c.
9 5/1

Theoretiſch = practiſcher Commentar

über die

Heinecciſchen Inſtitutionen

nach deren neueſten Ausgabe

von

D. Ludwig Julius Friedrich Höpfner.

Zweyte verbeſſerte Auflage.

Frey Canoniz

Mit Römiſch = Kayſerl. Königl. Preußiſch = und Churfürſtl. Sächſiſchen allergnädigſten Freyheiten.

Frankfurt am Mayn, 1787.
bey Varrentrapp und Wenner

BIBLIOTHECA … EMBERGENSIS

Wir Joſeph der Andere von GOttes Gnaden Erwählter Römiſcher Kaiſer, zu allen Zeiten Mehrer des Reichs, König in Germanien, zu Jeruſalem, Hungarn, Böheim, Dalmatien, Croatien, Slavonien, Galitzien und Lodomerien, Erzherzog zu Oeſterreich, Herzog zu Burgund, und zu Lothringen, Großherzog zu Toſcana, Großfürſt zu Siebenbürgen, Herzog zu Mayland, Mantua, Parma, ꝛc. gefürſteter Graf zu Habsburg, zu Flandern, zu Tyrol ꝛc. ꝛc. ꝛc..

Bekennen öffentlich mit dieſem Brief, und thun kund allmänniglich, daß Uns Johann Friedrich Varrentrapp und Johann Conrad Wenner, Buchhändler in Unſer und der Reichs-Stadt Frankfurt unterthänigſt zu vernehmen gegeben, was maſſen Sie Doctors Ludwig Friedrich Höpfners theoretiſch-practiſchen Commentar über ſeine neueſte Ausgabe der Heinecciſchen Inſtitutionen in Quarto, und zween Theilen zum offenen Druck zu befördern willens ſeyen, hierbey aber einen ihnen ſchädlichen Nachdruck beſorgten, derenhalben Uns Sie allerunterthänigſt bäten, Wir Ihnen dießfalls mit unſerm Kaiſerlichen Druck-Privilegio zu ſtatten zu kommen gnädigſt geruhen mögten. Wenn Wir nun mildeſt angeſehen ſolche der Supplicanten demüthigſt-ziemliche Bitte, als haben Wir ihnen, ihren Erben und Nachkommen, die Gnade gethan, und Freyheit gegeben, thun ſolches auch hiemit wiſſentlich, in Kraft dieſes Briefs, alſo und dergeſtalt, daß bemeldte Varrentrapp und Wenner, ihre Erben und Nachkommen obbeſagten Doctor Höpfners Commentar über ſeine neueſte Ausgabe der Heinecciſchen Inſtitutionen in offenen Druck auflegen, ausgehen, hin und wieder ausgeben, feil haben und verkaufen mögen, auch ihnen ſothanes Werk niemand, ohne ihren Conſens, Wiſſen oder Willen, innerhalb zehen Jahren, von Dato dieſes Briefs an zu rechnen, im heiligen Römiſchen Reich, weder unter dieſem noch andern Titel, weder auch in gröſſerer noch kleinerer Form nachdrucken und verkauffen ſolle. Und gebieten darauf allen und jeden Unſern und des heiligen Reichs Unterthanen und Getreuen, inſonderheit aber allen Buchdruckern, Buchführern und Buchhändlern, bey Vermeidung einer Poen von fünf Mark löthigen Goldes, die ein jeder, ſo oft er freventlich hierwieder thäte, Uns halb in Unſere Kaiſerliche Kammer, und den andern halben Theil mehrbeſagten Supplicanten, oder deren Erben und Nachkommen unnachläſig zu bezahlen verfallen ſeyn ſolle, hiemit ernſtlich, und wollen, daß ihr, noch einiger aus euch ſelbſt, oder jemand von euretwegen obangeregten Commentar

innerhalb

innerhalb den beſtimmten zehen Jahren, nicht nachdrucket, diſtrahiret, feil habet, umtraget oder verkauffet, noch auch ſolches andern zu thun geſtattet, in keinerley Weiſe noch Wege, alles bey Vermeidung Unſer Kaiſerlichen Ungnade und vorangeſetzter Poen, auch Verliehrung deſſelben euern Drucks, den vielgemelten Supplicanten, ihre Erben und Nachkommen, oder deren Befehlshabern; mit Hülf und Zuthun eines jeden Orts Obrigkeit, wo ſie dergleichen bey euch, oder einem jeden finden werden, alſo gleich aus eigener Gewalt, ohne Verhinderung männigliches zu ſich nehmen, und damit nach ihrem Gefallen handeln und thun mögen. Hingegen ſollen Sie, Varrentrapp und Wenner, ſchuldig und verbunden ſeyn, bey Verluſt dieſer Kaiſerlichen Freyheit die gewöhnlichen fünf Exemplarien von dem ganzen Werk zu Unſerm Kaiſerlichen Reichs-Hofrath zu liefern, und dieſes Privilegium vorandrucken zu laſſen. Mit Urkund dieſes Briefs beſiegelt mit Unſerm Kaiſerlichen aufgedruckten Secret-Inſiegel, der geben iſt zu Wien den fünfzehnten Julii, im Jahr Siebenzehen Hundert Drey und Achtzig, Unſerer Reiche der Römiſchen, im Zwanzigſten, der Hungariſchen, und Böhmiſchen aber im Dritten.

Joſeph

(L. S.)

Vt. R. Fürſt Colloredo

Ad Mandatum Sacr. Caeſ.
Majeſtatis Proprium
J. G. v. Hoffmann

Demnach bey Seiner Königl. Majeſtät von Preuſſen ꝛc. ꝛc. Unſerm allergnädigſten Herrn, die Buchhändler Varrentrapp und Wenner zu Frankfurt am Mayn, vorſtellig gemacht, daß ſie ſich entſchloſſen, ein ganz neues Buch unter dem Titel:

> Dr. Ludwig Julius Friedrich Höpfners, Hochfürſtl. Heſſen-Darmſtädtiſchen Geheimen Tribunal-Raths, theoretiſch-practiſcher Commentar über die Heinecciſchen Inſtitutionen, nach deren neueſten Ausgabe, zwey Theile in *quarto.*

auf ihre Koſten drucken zu laſſen und zu verlegen, mit allerunterthänigſter Bitte, ihnen darüber, zu Verhütung eines Nachdrucks, ein Privilegium allerhuldreichſt zu ertheilen; Seine Königliche Majeſtät auch dieſem Geſuch zu deferiren kein Bedenken getragen haben;

Als privilegiren und begnadigen Höchſt Dieſelben Eingangs erwehnte Buchhändlere Varrentrapp und Wenner hiermit und Kraft dieſes dergeſtalt, daß auſſer ihnen niemand in Dero Königreich Preuſſen und Churfürſtenthum Brandenburg auch ſämtlichen übrigen Landen und Provinzen, innerhalb den nächſten zwanzig Jahren, befugt ſeyn ſoll, vorgedachtes Buch ganz oder zum Theil nachzudrucken, noch diejenige Exemplaria, ſo etwa auſſer Dero Landen von andern nachgedruckt und verlegt ſeyn möchten, in Dero Lande einzuführen, und daſelbſt heimlich oder öffentlich zu verhandeln, bey Confiſcation aller Exemplarien, wie auch Erlegung einer Geldſtrafe von zweyhundert Rthlr. wovon die Hälfte Dero Fiſco, die andere Hälfte aber den Impetranten entrichtet werden ſoll. Mehrhöchſtgedachte Seine Königliche Majeſtät und Dero Nachkommen, wollen auch die erwehnte Buchhändler bey dieſem Privilegio in dem Zeitlauf der zwanzig Jahre allergnädigſt ſchützen und erhalten, ꝛc. ꝛc.

Urkundig unter dem Königlichen Lehen-Siegel. So gegeben und geſchehen Berlin, den 10 Februar 1783.

(L. S.) Auf Seiner Königlichen Majeſtät allergnädigſten Special-Befehl.

v. Münchhauſen.

Vorrede zur erſten Ausgabe.

Ich übergebe dem Publicum ein Werk, das vielleicht manchem *in tenui labor* ſcheint, ohne daß er darum auch das *at tenuis non gloria* dem Verfaſſer zugeſtehen wird. Es ſey; genug, daß das Buch **nützlich**, und, wo mich nicht alles betrügt, nützlicher, als hundert andere iſt, welche weit mehr Aufwand von Genie, Arbeit und Gelehrſamkeit erfordern.

Ich habe fünfzehen Jahre und länger die Anfangsgründe des römiſchen Rechts öffentlich gelehrt; ich habe Studium nicht nur auf die Sachen, ſondern auch auf Vortrag und Einkleidung gewendet, und ſchmeichle mir, nicht ohne Nutzen gearbeitet zu haben. Nachdem mich mein Schickſal dem academiſchen Lehramte entzogen hatte, munterten mich meine Freunde auf, die Docentengabe, welche ſie mir zutraueten, nicht ganz ungenützt zu laſſen. Ich ſetzte alſo in meinen Nebenſtunden dieſen **Commentar**, dieſe **academiſche Reden**, oder wie man das Buch nennen will, auf.

Deutlichkeit mit **Gründlichkeit** zu verbinden, war die Abſicht, die ich immer vor Augen hatte, ich hoffe, daß ich ſie nicht ganz verfehlt habe, daß man Präciſion, Ordnung und einige Gabe, verwickelte Materien zu analyſiren und lichtvoll darzuſtellen, in meinem Vortrage nicht vermiſſen werde. Dem Lehrling der Rechtsgelehrſamkeit wird alſo dieſe Arbeit zur Vorbereitung auf den academiſchen Unterricht und zur leichtern Wiederholung ſeiner Lectionen dienen. Solchen, die keine Academie beſuchen wollen oder können, wird ſie, als

einiger Erſatz der mündlichen Anweiſung, nützlich ſeyn. Damit auch der Practiker Nahrung finde, habe ich, ſo viel es bey den Inſtitutionen geſchehen kann, practiſche Bemerkungen beygebracht, und die vorzüglichſte ältere und neuere Schriften angeführt. Erudition, Auflöſung ſtreitiger Rechtsfragen mit Gründen und Gegengründen, und Schmuck des Stils wird man in einem ſolchen Buche nicht erwarten. Selbſt die Reinheit der Sprache habe ich oft der Deutlichkeit aufopfern zu müſſen geglaubt.

Der Text meiner Erklärung ſind die von mir umgearbeitete Heinecciſche Inſtitutionen, und zwar die zweyte Ausgabe dieſes Buches. Ich habe vorausgeſetzt, daß jeder Leſer des Commentars auch den Text vor ſich habe, und daher die Allegaten, welche dieſer enthält, in dem Commentar nicht wiederholt.

Da ich Tabellen für ein vorzügliches Mittel halte, dem Lehrling eine weitläuftige und intricate Materie faßlich zu machen: ſo habe ich die vornehmſte Rechtslehren auch tabellariſch vorgeſtellt. Ich war anfangs Willens, dieſe Tabellen dem Buche ſelbſt anhängen zu laſſen; aber die Verſchiedenheit des Formats, das man dazu wählen mußte, von dem Formate des Buchs, erlaubten es nicht. Die Tabellen werden alſo bald nach der Leipziger Oſtermeſſe, in Querfolio gedruckt, beſonders erſcheinen.

So wie ich die Erinnerungen einiger Kenner bey dem Heinecciſchen Compendium dankbar benutzt habe, ſo wird mir auch jede gegründete Critik über dieſen Commentar willkommen ſeyn. Darmſtadt den 30. März 1783.

Dr. L. J. F. Hoepfner.

Vorrede zur zweyten Ausgabe.

Ich habe bey der zweyten Auflage dieſes Buches weiter nichts zu ſagen, als daß ich es hier und da, ſoviel als es mir Amtsgeſchäfte und geſchwächte Geſundheit erlaubten, verbeſſert habe. Inſonderheit habe ich die Leſer, für die ich ſchreibe, die Schüler der römiſchen Jurisprudenz mehr auf das Studium der Geſetze hinzuleiten geſucht, und bey ſtreitigen Materien öfter als vormals die Gründe der verſchiedenen Meynungen beygebracht. Noch muß ich auch erinnern, daß dieſe **zweyte** Ausgabe des Commentars an einigen Orten nur zur **dritten** Auflage des Textes paſſet, welche nächſtens die Preſſe verlaſſen wird! Geſchrieben zu Darmſtadt im April 1787.

Dr. L. J. F. Hoepfner.

PRO-

PROOEMIUM.

Die Inſtitutionen ſind Anfangsgründe des Römiſch-Juſtinianeiſchen Rechtes, und dieſes Recht iſt in dem ſogenannten *Corpore iuris civilis* enthalten. Der Lehrling der Inſtitutionen muß ſich alſo vor allen Dingen einige hiſtoriſche Kenntniß dieſes Buches erwerben, und dazu wird in dieſem Proömium Anleitung gegeben. Es wird darin gezeigt, was die Veranlaſſung zur Verfertigung des Römiſchen Geſetzbuches war; (§. 1. 2.) wer es verfaſſen ließ; (§. 3. 4.) aus welchen Theilen es beſteht; (§. 5-14.) und welches Anſehen es in unſerm Vaterlande hat (§. 15. 16. 17.). Ich werde dieſes Proömium kurz, doch hinlänglich erläutern. Eine weitläuftigere und ausführlichere Nachricht von dem römiſchen Geſetzbuche muß man bey den Rechtsgeſchichtſchreibern ſuchen; unter welchen ich Hoffmann, (*1) Brunquell, (*2) Heineccius (*3) und Bach (*4) vorzüglich empfehle.

(1) *Chriſt. Godfr. Hoffmanni* hiſtoria iuris romano Iuſtinianei &c. praemittitur *Chriſt. Thomaſii* delineatio hiſtoriae iuris civilis, acceſſerunt *Franc. Hottomanni* Antitribonianus et praefatio de utilitate et neceſſitate hiſtoriae iuris romani Lipſ. 1718. in 4. Dieſes Buch iſt ein förmlicher Commentar über die erſten 70 §§. von *Thomaſii* delineat. hiſt. iur. rom. Darauf erſchien *Chriſt. Godfr. Hoffmanni* hiſt. iur. rom. Iuſtin. Vol. II. Es enthält I. Fragmenta legum regiarum; II. Collationem legum Graecarum; III. Fragmenta XII. Tabularum. IV. Edictum perpetuum. Alsdann folgen noch einige fremde Arbeiten, nemlich *Car. Breti* ordo perantiquus iudiciorum und *Renati Bottereau* Hadrianus legislator. Endlich wurde im Jahr 1734. der erſte Band wieder aufgelegt. Er iſt ganz umgearbeitet, und nicht mehr Commentar, ſondern ein für ſich beſtehendes Werk. Doch iſt *Thomaſii* delineatio &c. angehängt. Auch iſt noch beygedruckt: *Io. Seldeni* diſſ. hiſtor. ad Fletam und *Virginii Valſechii* epiſtola de veteribus Piſanae civitatis conſtitutis.

(2) *Io. Sal. Brunquell* hiſtoria iuris romani et germanici. Die erſte Ausgabe kam zu Jena 1727. in 8. heraus, die zweyte verbeſſerte und vermehrte aber zu Amſterdam im Jahr 1730. Eine dritte unveränderte wurde eben daſelbſt im Jahr 1738. beſorgt. Dieſe bekam im Jahr 1740. ein neues Titelblatt mit der Aufſchrift: editio tertia prioribus multo auctior. Sie enthält aber keine Vermehrungen, als die vorgeſetzte Lebensbeſchreibung des Verfaſſers.

(3) *Io. Gottl. Heineccii* hiſtoria iuris civilis Romani et Germanici. Man muß ſich aber keine ältere Ausgabe dieſes Buches anſchaffen, als die vom Jahr 1751.

dann in dieſer und der folgenden vom Jahr 1765. ſind Joh. Daniel Ritters und Joh. Martin Silberrads Anmerkungen beygefügt, welche viele wichtige Zuſätze und Verbeſſerungen enthalten.

(4) *Io. Auguſt. Bachii* hiſtoria iurisprudentiae romanae. Editio tertia ex ſchedis B. Auctoris non nihil aucta. Lipſ. 1775. Ein unſterbliches Meiſterwerk.

§. 1. Veranlaſſung des römiſchen Geſetzbuches.

Was war alſo die Veranlaſſung zur Verfertigung des corporis iuris? Nichts anders als die ungeheure Menge der römiſchen Geſetze, und die daher entſtandene ſchädliche Folgen, **Ungewißheit der Geſetze und Schwierigkeit das römiſche Recht zu lernen.** Der römiſche Staat hat ſeine Regierungsform mehr als einmal verändert. Von Anfang hatte er Monarchen unter dem **Königstitel**; alsdann eine **republicaniſche Verfaſſung**; endlich wieder Monarchen oder **Kayſer**. In jeder dieſer Perioden wurden neue Geſetze gemacht, ohne darum die alte gänzlich abzuſchaffen. 1) Die Könige, vorzüglich Romulus, Numa, und Servius Tullius gaben mancherley Verordnungen, deren Fragmente einige neuere Schriftſteller geſammelt haben, am beſten Merula und Hoffmann (*1). 2) Als der Staat frey war, verlohren die königliche Geſetze darum nicht ihr ganzes Anſehen, ſondern man behielt manches davon als Gewohnheitsrecht bey. Es wurden aber auch neue Geſetze gemacht; leges centuriatae, plebiſcita und ſenatus conſulta, von deren Beſchaffenheit der Titel de iure naturae gentium & civili Nachricht geben wird. Und man ließ 3) durch eine Geſetzcommißion (Decemviros LL. ſcribendis) ein Geſetzbuch verfaſſen, das theils aus griechiſchen, theils aus einheimiſchen Geſetzen beſtand. Es iſt unter dem Namen *leges XII. tabularum* berühmt. Dazu kamen 4) viele Gewohnheitsrechte, die ſich im römiſchen Staate nach und nach formirten, und die in dem angeführten Titel de iure nat. gent. & civ. ebenfalls näher beſchrieben werden ſollen. Als endlich 5) die Kayſer auf den Thron kamen, gaben ſie neue Geſetze in groſſer Zahl, und von mancherley Art, die unter dem Namen *Conſtitutiones Imperatorum* oder *Principum* begriffen werden. Dieſe Geſetze zuſammen machten zu Juſtinians Zeiten eine ungeheure Menge aus. Schon Livius am angeführten Ort nennt ſie einen immenſum cumulum aliarum ſuper alias acervatarum legum. Und doch fehlten zu ſeiner Zeit noch die viele kaiſerliche Verordnungen, wodurch das römiſche Recht nachher einen beträchtlichen Zuwachs erhielt. Eunapius, ein Schriftſteller des vierten Jahrhunderts in ſeiner Lebensbeſchreibung der Sophiſten ſagt, etwas hyperboliſch, viele Kameele hätten an dieſen Geſetzen zu tragen. Daß dieſe Weitläuftigkeit des römiſchen Rechtes mancherley nachtheilige Folgen haben mußte, iſt offenbar. Es entſtand daraus erſtlich eine groſſe **Ungewißheit des Rechtes**, dann wer konnte

konnte alle dieſe Geſetze wiſſen? Bey manchen war es zweifelhaft, ob und wie viel rechtliche Autorität ſie hätten; und daß ſie einander oft widerſprachen, läßt ſich leicht denken. Die zweite ſchädliche Folge war, daß die Jurisprudenz eine äuſſerſt weitläuftige, dornigte und unangenehme Wiſſenſchaft ſeyn mußte, welche gründlich zu lernen, nur wenige Menſchen Luſt, Muth oder Fähigkeit genug hatten. Allerdings war es alſo bey dieſen Umſtänden ein heilſames Unternehmen Kaiſer Juſtinians, ein neues Geſetzbuch zu entwerfen, das vorzüglichſte aus dieſer groſſen Menge auszuheben, zu ordnen, ihm rechtliches Anſehen zu geben, und alles übrige abzuſchaffen.

(1) *Merula* de LL. romanorum cap. 2. 3. 4. 5. 6. pag. 30-101. in operibus poſthumis Lugd. 1684. *Chriſt. Godofr. Hoffmann* hiſt. iur. rom. Vol. 2. Part. 1. pag. 1. ſqq.

§. 2. Vor Juſtinian waren ſchon Geſetzſammlungen projectirt worden.

Schon lange vor Juſtinian ſollen auch andere den Gedanken gehabt haben, ein römiſches Geſetzbuch zu verfaſſen. Man ſagt 1) Cicero ſey dazu entſchloſſen geweſen; allein die Sage iſt ohne Grund, und beruht auf einem bloſſen Mißverſtändniſſe. Daß dieſer Römer ein Buch de iure civili in artem redigendo geſchrieben habe, ſagt Gellius am angeführten Ort. Aber Cicero ſelbſt giebt (de oratore L. 1. Cap. 42.) eine ſolche Idee davon, daß man ſieht, es war ein kurzes Syſtem des römiſchen Rechts, Inſtitutionen; kein Geſetzbuch, keine Sammlung römiſcher Geſetze. Auch 2) Pompejus ſoll mit dem Gedanken an eine Geſetzſammlung umgegangen ſeyn. Allein erſt Iſidor ein Schriftſteller des ſiebenden Jahrhunderts ſagt dieſes; und kein gleichzeitiger Autor. Die Nachricht iſt alſo zweifelhaft. Gewiſſer iſt, daß 3) Julius Cäſar die Verfaſſung eines Geſetzbuches projectirt hat. Suetonius ein gültiger Zeuge ſagt: Cäſar habe viele groſſe Projecte gehabt; unter andern habe er wollen ius civile ad certum modum redigere, atque ex immenſa diffuſaque legum copia optima quaeque et neceſſaria in pauciſſimos conferre libros. Talia agentem atque meditantem mors praevenit. Endlich unternahm auch Kayſer Juſtinian im ſechsten Jahrhundert dieſes Werk, und war ſo glücklich es zu vollenden.

§. 3. Lebensumſtände Juſtinians.

Billig müſſen wir dieſen den Rechtsgelehrten ſo merkwürdigen Regenten genauer kennen lernen. Ausführlich, aber im Panegyriſtentone hat Ludewig (*[1]) ſein Leben beſchrieben. Er war von niedriger Herkunft, (obſcuro loco natus) ſeine Eltern waren Leute von dem niedrigſten Stande in der römiſchen Provinz Illyricum, heut zu tage Sclavonien und Bosnien. In der Sprache ſeines Vaterlandes hieß er Upr auda, der Gerechte; daher vielleicht ſein lateiniſcher Name Juſtinianus, wie Ritter (*[2]) bemerkt. Wie kam

aber ein Mann von ſo niedriger Familie zum Kayſerthrone? Dazu half ihm ſeiner Mutter Bruder Juſtinus. Auch dieſer war von der niedrigſten Abkunft, hütete in ſeiner Jugend das Vieh, wurde aus einem Viehhirten Soldat unter der Garde, (miles praetorianus) ſtieg bis zum General, und kaufte ſich endlich von der Armee die Kayſerwürde. Nun zog er ſeinen Neffen aus dem Staube, ertheilte ihm Würde auf Würde, beſtimmte ihn zum Thronfolger, und gab ihm kurz vor ſeinem Tode die Mitregentſchaft. Verſchiedene neuere Schriftſteller ſagen Juſtinian ſey auch von ſeinem Oheim an Kindesſtatt angenommen worden; aber die Erzählung hat keinen Grund. Otto (*[3]) der dieſe Adoption behauptet, beruft ſich zwar auf eine alte Münze, und auf den Evagrius (*[4]). Aber die Münze iſt, wie Ludewig (*[5]) bemerkt und der Anblick auch zeigt, unächt; Evagrius hingegen redet blos von der Aufnahme zur Mitregentſchaft, und ſagt keine Silbe von Adoption. Man beruft ſich ferner auf einige Stellen im römiſchen Geſetzbuche, wo Juſtinian den Juſtin *patrem ſuum* nennt (*[6]). Allein dieſen Titel gaben die römiſchen Kayſer oft ihren Vorfahren, wenn ſie gleich weder ihre leibliche noch adoptirte Söhne waren, wie d'Arnaud (*[7]) mit vielen Beyſpielen beweiſt. Blos als Neffe Juſtins und als beſtimmter Thronfolger, nicht als Adoptivſohn gelangte alſo Juſtinian im Jahr Chriſti 527 zum Throne, und regierte das römiſche Reich beynahe vierzig Jahre. Ueber ſeinen Character hat ſich eine groſe Fehde erhoben. Die Gelegenheit dazu gab der Vaticaniſche Bibliothecar Nicolaus Alemann, durch ſeine Herausgabe der Procopiſchen Anecdoten. (Lion 1623.) Procop iſt ein Schriftſteller aus Juſtinians Zeit, der in ſeinen acht Geſchichtsbüchern Juſtinians Thaten beſchreibt, und ihn mit Lob überhäuft. Ganz anders ſpricht er in jenen Anecdoten von ihm. Da iſt ihm Juſtinian der verdienſtloſeſte ſchändlichſte Menſch, ein einfältiger Tropf, ein Tyrann, ein Geizhals; ſeine Gemahlin Theodora die liederlichſte, unverſchämteſte Metze, die je von der Sonne beſchienen wurde, eine Kindermörderin u. ſ. w. Das Buch machte bey ſeiner erſten Erſcheinung viel Aufſehen, dann den Juriſten war es ein groſes Aergerniß, daß Divus Iuſtinianus in einem ſolchen Lichte erſchien. Man zog alſo gegen das Buch und ſeinen Herausgeber zu Felde. Einige erklärten das ganze Werk für untergeſchoben, andere den Verfaſſer durchaus für einen Lügner. Aber man hat zu dem einen ſo wenig Grund als zu dem andern. Die Aechtheit des Buches hat Hoffmann (*[8]) auſſer Zweifel geſetzt, und von ſeinen Nachrichten kann ſehr vieles mit Zeugniſſen anderer gleichzeitigen Schriftſteller beſtätiget werden. Daß Juſtinians Portrait, ſo wie es Procop macht, eine Carricatur ſey, iſt nicht zu leugnen, und manche Hiſtörchen tragen das Gepräge der Lügen an der Stirne. Wer wird es z. E. glauben, wenn Procop erzählt, daß ein böſer Geiſt bey Juſtinians

Mutter

Mutter einſt den Ehemann geſpielt, und ihr zu dieſem Sohn verholfen habe; daß Juſtinian bey lebendigem Leibe nach Geſpenſtermode zuweilen Nachts ohne Kopf auf die Promenade gegangen ſey? u. d. g. Aber Juſtinians unleugbare Fehler waren Eitelkeit, die oft bis zum kindiſchen gieng, Hang zur Verſchwendung, Mangel an feſten Grundſätzen, an Muth und Entſchloſſenheit, und zu groſe Anhänglichkeit an Theodora, die eine Theaterprinceßin, und in dieſem Stande ſchwerlich eine Veſtale geweſen war; die ihn zu der Sottiſe verleiten konnte, daß er ſich förmlich mit ihr vermählte, ihr die Krone mit eigner Hand öffentlich aufſetzte, und groſen Einfluß in die Regierungsgeſchäfte verſtattete. Daß er übrigens nicht ohne Kenntniſſe, und ſogar ein fruchtbarer Schriftſteller war, erhellet aus dem Verzeichniß ſeiner Schriften, das Hoffmann giebt, (*9) und den Zeugniſſen der Alten, die Ludewig (*10) geſammelt hat. Vormals war es zwar gemeine Sage, Juſtinian ſey ἀναλφάβητος geweſen, er habe weder leſen noch ſchreiben gekonnt. Man berief ſich auf des Suidas, eines Schriftſtellers aus dem 10ten Jahrhundert Lexicon, wo es im Artikel Ἰουστινιανός nach der alten mayländiſchen Ausgabe heiſt, Juſtinian ſey orthodox geweſen, und dabey ſehr unwiſſend, (zwey Dinge die noch heut zu tage wohl zuſammen beſtehen) und ſogar Leſens und Schreibens unkundig. Allein die Manuſcripte des Suidas leſen Juſtinus ſtatt Juſtinianus, und Procopius, (*11) aus welchem Suidas die Stelle offenbar genommen hat, redet auch von Juſtin. In der Kunſt der Geſetzgebung war Juſtinian wohl kein Meiſter, und die damalige Zeiten, wo Jurisprudenz und alle Gelehrſamkeit ihrem Falle ſchon nahe waren, laſſen auch keinen Meiſter in dieſem Fache erwarten. Aber manche Geſetze verrathen doch Einſicht und Klugheit, und machen ihrem Verfaſſer Ehre.

(1) *Io. Petr. de Ludewig* vita Iuſtiniani atque Theodorae nec non Triboniani, Hal. Sal. 1731. 4. S. auch *Philipp. Invernizi* de rebus Iuſtiniani M. Rom. 1783. 8.
(2) *Ritter* ad Heineccii hiſt. iur. Lib. I. §. 382.
(3) *Otto* ad Prooem. inſt. et in iurisprud. ſymbol. Ex. 3. p. 340.
(4) *Evagrius* in hiſtor. eccleſ. Lib. 4. Cap. 9.
(5) *Ludewig* l. c. pag. 674. tab. I. num. 1.
(6) §. 3. Inſt. de donat. §. 4. Inſt. quib. non eſt permiſſ. fac. teſt. L. ult. C. de advocat. div. iud.
(7) *d'Arnaud* var. coniect. Lib. 1. Cap. 11.
(8) *Hoffmann* hiſt. iur. Vol. 1. pag. 544.
(9) cit. loc. pag. 516.
(10) *Ludewig* l. c. p. 137.
(11) *Procopius* in anecdotis p. 15. edit. Eichel.

§. 4. Juſtinians Heldenthaten.

Auch auf den Namen eines Helden kann Juſtinian keinen groſſen Anſpruch machen. Indeſſen hatte er das Glück gute Feldherrn zu finden, und durch ſie Lorbeern zu erfechten. Unter ſeinen vielen Kriegen ſind der Perſiſche, Gothiſche, und Vandaliſche die merkwürdigſten. Der Perſiſche Krieg fieng ſchon unter Kayſer Anaſtaſius an, wurde unter Juſtins und Juſtinians Regierung mit abwechſelndem Kriegsglück fortgeſetzt, und zur groſen Erniedrigung der römiſchen Nation damit geendiget, daß man ſich mit einem jährlichen Tribut Ruhe und Frieden erkaufen mußte. Glücklicher kriegte Juſtinian durch ſeinen Feldherrn Beliſar mit den Vandalen in Africa. Er beſiegte dieſe Nation, bekam ihren König Gilimer gefangen, führte ihn im Triumph auf, und machte Africa zur römiſchen Provinz. Eben ſo ſiegreich war Juſtinian in Italien. Er beſiegte die Gothiſche Könige Vitiges, Totilas, und Tejus; zerſtöhrte das Reich der Gothen; brachte ganz Italien nebſt Sicilien unter ſeine Herrſchaft.

Dieſe kurze Kriegsgeſchichte ſetzt uns zum Theil in den Stand, die Titulatur zu verſtehen, deren ſich Juſtinian im Proömium zum Text der Inſtitutionen bedient. Er nennt ſich nemlich: Imperator, Caeſar, Flavius, Iuſtinianus, Alemannicus, Gothicus, Francicus, Germanicus, Anticus, Alanicus, Vandalicus, Africanus &c. Den Titel *Imperator* gaben zu Zeiten des Freyſtaates die Soldaten jedem Heerführer, der Senat und das Volk aber nur ſolchen Generalen, die ſich durch auſſerordentliche Thaten die Ehre eines Triumphs erworben hatten, und zwar nicht länger als bis der Triumph geendiget war. Julius Cäſar erhielt unter andern Ehrenbezeugungen auch dieſe, daß er den Titel Imperator beſtändig führen durfte. Die folgende Regenten erhielten ihn ebenfalls, und nach und nach fieng man an, ihn als den höchſten Ehrentitel anzuſehen. Er bezeichnete das Oberhaupt des römiſchen Staates. Der Name Cäſar war anfangs nichts als ein Beyname in dem Juliſchen Geſchlecht, (cognomen familiae in gente Iulia.) Nachher nennte man die bey Lebzeiten des Kaiſers ernannten Nachfolger, was man heutiges Tags in Deutſchland den römiſchen König nennt, Caeſares. Endlich nahmen die Kaiſer ſelbſt dieſen Titel an. Den Namen Flavius hatte zuerſt Conſtantin der Groſe geführt, weil er aus der Flaviſchen Familie abzuſtammen prätendirte, und ſeine Nachfolger behielten ihn bey.

Aber warum nennt ſich Juſtinian Alemannicum, Francicum, Germanicum? Dieſe Titel haben ihm Vorwürfe und Haß zugezogen. Haß, dann Theudebert, König der Franken wollte ihn deswegen bekriegen, und nur der plötzliche Tod dieſes Königs unterbrach das Vorhaben. Vorwürfe der Gelehrten; denn Juſtinian, ſagt man, hat nicht die Alemannier und Franken, viel weniger die ganze deutſche Nation beſiegt, wie kann er ſich Titel von ihnen bey-

bey-

beylegen? Auch Heineccius iſt von dieſer Parthey, wie die Note zeigt. Aber Juſtinian läßt ſich vertheidigen. Er hat dieſe Titel von ſeinen Vorfahren geerbt. Schon Tiberius ſchrieb ſich Germanicus, Caracalla nennte ſich Allemannicus, Probus führte den Titel Franciscus, und man ſah ſeit langer Zeit dieſe Namen als erbliche Ehrentitel an. Ja es hatte Juſtinian auch ein eignes Recht auf dieſelben. Dann als er mit den Gothen kriegte, riefen dieſe die Franken und Alemannier zu Hülfe, ſie wurden aber mit den Gothen beſiegt. (*[1]) Juſtinian konnte ſich daher Alemannicum und Francicum, auch, weil man damals die Namen Franci und Germani als Synonymen brauchte, Germanicum nennen. Gothicum konnte ſich Juſtinian von der Zeit an mit dem beſten Rechte nennen, da er die Gothen beſiegt hatte. Aber, fragt man, wie war er im Jahr 533 dazu befugt, da die Inſtitutionen publicirt wurden, und die Gothen noch nicht beſiegt waren? Die Antwort iſt leicht: er hatte damals ſchon ein Erbrecht darauf, weil die vorige Kayſer den Titel geführt hatten. Anticus heißt unſer Kayſer, weil er die Anten, ein Slaviſches Volk beſiegt hatte. Den Titel Alanicus, Vandalicus und Africanus erwarben ihm ſeine Siege über die Vandalen in Africa, und die ihnen incorporirte Alanen. Zwar wurden dieſe Nationen erſt im Jahr 535 unterjocht; aber Carthago war doch ſchon im Jahr 533 erobert, und daher Juſtinian ſchon damals zu dieſen Ehrennamen berechtiget.

(1) *Agathias* de bell. goth. lib. I. et 2. *Procop.* de bell. goth. lib. I. cap. II. *Guil. Hier. Bruckner* comment. an Iuſtinianus Imperator recte uſurpaverit titulos Germanici et Alemannici. Ien. 1709. recuſ. 1753.

§. 5. Verfaſſung des Juſtinianeiſchen Codex.

Wichtiger als Kriegsthaten ſind uns die Bemühungen und Verdienſte Juſtinians um die Geſetzgebung. Das erſte Werk, das er veranſtaltete, war ſein *codex Iuſtinianeus*. Man bemerke: 1) ſobald Rom unter die Herrſchaft der Kayſer kam, fingen auch dieſe an eine geſetzgebende Gewalt auszuüben, anfangs ſeltener und behutſamer; nachher häufiger, öffentlicher und ungeſcheuter. Man nennte ihre Geſetze *Conſtitutiones*.

2) Zu Conſtantin des Groſen Zeiten fanden ſich zwey Rechtsgelehrten, welche die kaiſerliche Verordnungen von Hadrians Zeiten an ſammelten, Gregorius und Hermogenianus. Dieſe Sammlung heiſen *codex Gregorianus* und *codex Hermogenianus*. Die Alten diſtinguirten nemlich zwiſchen codex und volumen. Codex hieß ein Buch, das gebunden war, wie unſere Bücher; volumen ein zuſammen gerolltes Buch. Vorzugsweiſe aber wurden die Sammlungen der kayſerlichen Verordnungen codices genennt (*[1]).

3) Wie dieſe beyde Sammlungen ſich von einander unterſchieden haben, iſt nicht mit Gewißheit anzugeben. Der Hermogenianiſche ſcheint ein Sup-

plement

plement des Gregorianiſchen geweſen zu ſeyn. Gregorius hatte nemlich, ſo viel ſich aus den Fragmenten ſchlieſſen läßt, die Verordnungen von Hadrian bis auf Conſtantin M. geſammelt. Hermogenian ſammelte nur die, welche in jener Sammlung gar nicht, oder nicht richtig genug ſtanden, inſonderheit die Verordnungen Diocletians und Maximians (* [2]).

4) Nach Conſtantins M. Zeiten wurden wieder viele neue Conſtitutionen publiciret. Dieſe ließ Theodoſius der jüngere durch acht Rechtsgelehrte ſammlen, und im Jahr 438 unter dem Titel: codex Theodoſianus bekannt machen (* [3]).

5) Endlich gab Juſtinian im Jahr 528 Befehl, daß ſein Magiſter officiorum und Exquaeſtor ſacri Palatii, oder nach heutigem Ausdruck, ſein Hofmarſchall und geweſener Canzler Tribonian mit Hülfe neun anderer Rechtsgelehrten das beſte aus den drey vorhergehenden codicibus ausheben; die neue, erſt nach der Theodoſianiſchen Sammlung erſchienene Verordnungen hinzuthun, und auf dieſe Weiſe einen neuen Codex verfertigen ſollten. Dieſe Arbeit kam im Jahr 529 zu Stande, und heiſt *codex Juſtinianeus*, *codex vetus*, *codex primus*.

6) Der Gregorianiſche und Hermogenianiſche Codex ſind verlohren gegangen; wir beſitzen nur wenige Fragmente davon, die unter andern Schulting (* [4]) geſammelt hat. Der Theodoſianiſche aber iſt noch gröſtentheils vorhanden. Wir beſitzen vollſtändig das 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. und 16te Buch; das 1. 2. 3. 4. 5. und der Anfang des 6ten aber ſind noch nicht vollſtändig aufgefunden worden. Man hat noch zur Zeit blos den Auszug dieſer Bücher, welchen ein weſtgothiſcher König Alarich aus dem Theodoſianiſchen Codex machen ließ. Die beſte Ausgabe dieſes Werks iſt die, welche zu Leipzig im Jahr 1736 mit dem berühmten Commentar von Jacob Gothofredus, und Joh. Daniel Ritters Zuſätzen in 6 Theilen erſchienen iſt.

7) Auch der Juſtinianeiſche Codex iſt verlohren. Dann Juſtinian ließ (man ſehe §. 10.) nachher einen neuen Codex ſammlen, und ſchaffte den alten ab. Niemand gab ſich alſo die Mühe, den erſten zu erhalten oder abzuſchreiben.

8) Nützlich wird es ſeyn, alles vorhin bemerkte durch eine chronologiſche Tabelle anſchaulich darzuſtellen.

Hadria-

Verordnungen aller dieſer Kayſer faßte codex Iuſtinianeus in ſich	Hadrianus	Die Verordnungen dieſer Kayſer enthält der codex Gregorianus und Hermogenianus.
	——————	
	——————	
	——————	
	——————	
	Conſtantinus M.	Von dieſen der codex Theodoſianus.
	——————	
	——————	
	Theodoſius iun.	
	——————	
	——————	
	Iuſtinianus	

(1) *Knorr.* obſ. ad prooem. Inſtit. VII. & VIII.
(2) Eine ſchöne hieher gehörige Abhandlung iſt: *Chriſt. Frid. Pohl* Commentatio hiſtorica de codicibus Gregoriano atque Hermogeniano. Lipſ. 1777. 4.
(3) *Brunquell* diſſ. de codice Theodoſiano, in opuſc. Part. 1. pag. 33. ſqq.
(4) *Schulting* in iurisprudentia anteiuſtinianea pag. 681-718. Edit. Lipſ.

§. 6. Verfaſſung der Pandecten.

Als die Kayſerliche Verordnungen geſammelt waren, gab Juſtinian ſeinem Tribonian und 16. Rechtsgelehrten einen zweyten Auftrag. Er befahl, daß ſie das beſte und brauchbarſte aus den Schriften der Rechtsgelehrten excerpiren, und aus dieſen Excerpten ein ſyſtematiſches Werk verfertigen ſollten. Auch dieſer Auftrag ward befolgt, und das Werk *Pandectae* oder *Digeſta* genennt. Von dieſem wichtigen Buche iſt folgendes anzumerken.

2) Die Pandecten ſind Auszüge aus den Schriften der alten Rechtsgelehrten, die man zuſammen geſetzt und unter gewiſſe Rubricken gebracht hat. Man ſammelte z. E. alle Rechtsſätze von Procuratoren, die man in den alten Juriſten fand, ſetzte die Excerpten zuſammen, und ſchrieb die Rubrik darüber: de procuratoribus.

2) Woher aber der Name dieſes Werks? Pandectae ſtammt von πᾶν (alles) und δέχεσθαι (zuſammenfaſſen) ab. Dann die Pandecten ſollten alles begreifen, was in den Schriften der Juriſten gutes und nützliches enthalten war. Die Alten nennten auch ihre Speiſekammern pandectas, wie Apicius lehrt, (*1) und vielleicht veranlaßte dieſes den Kayſer, nach dem Beyſpiel anderer Schriftſteller einem Buche, das eine Speiſekammer für die Rechtsgelehrten seyn ſollte, dieſen Titel zu geben. Digeſta heiſt das Werk, weil alles darinn gar ſchön digerirt, geordnet ſeyn ſollte, was in den ältern juriſtiſchen Werken zerſtreut ſtand.

3) Die Quellen der Pandecten ſind die Schriften der alten Rechtsge-

lehrten. Aber aus welchen hat man geſammelt? Nicht allen iſt dieſe Ehre erzeigt worden, nur Vierzigen, und zwar ſolchen, welche ſeit Hadrians Zeiten gelebt und geſchrieben hatten, den Schriften Julians, Papinians, Ulpians, Paulus, Marcellus, Cajus u. ſ. w. In Wielings iurisprudentia reſtituta (* ²) findet man ein vollſtändiges Namenregiſter. Alſo die Schriften der Rechtsgelehrten, welche zu den Zeiten der freyen Republik und unter den erſten Kayſer gelebt hatten, wurden ganz übergangen. Dann das römiſche Recht hatte durch das edictum perpetuum; (man ſehe unter §. 55.) durch die viele kayſerliche Verordnungen; durch die Verlegung der Reſidenz von Rom nach Conſtantinopel, und durch die Einführung der chriſtlichen Religion eine ſolche Veränderung erlitten, daß man in den Schriften der ältern Juriſten nichts practiſches zu finden glaubte. Die Zahl der excerpirten Schriften giebt Juſtinian ſelbſt an. Sie belief ſich auf 2000, und dieſe enthielten drey Millionen verſus. Die Bedeutung des Worts *verſus* aber iſt ſehr zweifelhaft. Ludewig (* ³) erklärt es mit andern durch Paragraphen, oder Sentenzen, Perioden; Gundling (* ⁴) hingegen durch Zeilen.

4) Die Originalſprache der Pandecten iſt unſtreitig die lateiniſche. Dann die alten Juriſten hatten lateiniſch geſchrieben, alſo waren auch die Excerpte aus ihnen lateiniſch. Nur aus zwey griechiſchen Schriften hat man in die Pandecten griechiſche Stellen aufgenommen, nehmlich aus Modeſtins Büchern de excuſationibus und aus Papinians Buche de officio aedilium municipalium. Aber das iſt bezweifelt worden, ob wir die alte ächte lateiniſche Pandecten noch beſitzen. Ein holländiſcher Critiker Jenſius (* ⁵) leugnet dieſes, und behauptet die lateiniſche Originalpandecten ſeyen vorlängſt ins Griechiſche überſetzt worden, und darauf verlohren gegangen. Nachher habe man die griechiſche Ueberſetzung wieder ins Lateiniſche übergetragen, und dieſe Ueberſetzung der Ueberſetzung hätten wir heutzutage. Aber ſeine Argumente ſind ſchwach, und von Bach hinlänglich widerlegt worden (* ⁶).

5) Die Abtheilung der Pandecten iſt folgende: das ganze iſt in ſieben Theile und in 50. Bücher abgetheilt, die Bücher in Titel, die Titel in kleinere Abſchnitte, die man insgemein *leges* nennt, und dieſe Geſetze in Stücke, deren erſtes *prooemium* oder *principium*, die folgende Paragraphen heiſſen. Ich ſage: die man insgemein *leges* nennt. Ganz richtig iſt dieſe Benennung nicht, aber doch gewöhnlich. Die Pandecten ſind zwar ein ſyſtematiſches Werk, das im ganzen geſetzliches Anſehen hat. Aber darum kann man doch nicht behaupten, daß jedes einzle Stück ein Geſetz ſey; dann die Pandecten enthalten Definitionen, Diviſionen, Argumentationen, die ſchon ihrer Natur nach nicht als Geſetze gelten können, und um deſto weniger, da ſie oft

unrich-

unrichtig, unvollſtändig, inconſequent ſind. Es haben daher auch einige neuere, beſonders Leipziger Juriſten die Benennung lex verlaſſen, und *caput* dafür geſetzt.

6) Man unterſcheidet den Text der Pandecten von den Compendien. Text heißt das bisher beſchriebene Werk, das Juſtinian verfertigen ließ, und das von unſerm corpore juris den zweyten Theil ausmacht. Unter Pandectencompendien aber verſteht man neuere, zum Behuf academiſcher Vorleſungen geſchriebene, nach der Ordnung der Juſtinianeiſchen Pandecten eingerichtete Syſteme des ganzen in Teutſchland geltenden Privatrechtes. Die Grundlage darin iſt römiſches Recht, aber nicht blos Sätze der Juſtinianeiſchen Pandecten, ſondern auch Verordnungen des Codex und der Novellen, ja auch canoniſches und teutſches Recht ſind beygebracht.

7) Die Ausgaben der Pandecten ſind, wie man insgemein, aber ſehr ſeltſam und unrichtig ſagt, (dann es giebt deren weit mehrere) dreyerley: die Florentiniſche, Haloandriniſche und *vulgata*. Die Florentiniſche hat Franz Taurellus zu Florenz im Jahr 1553. in Folio herausgegeben. Sie iſt ein Abdruck des berühmten Florentiniſchen Manuſcripts, von dem, (nach meiner Ueberzeugung) alle übrige Pandectenmanuſcripte, ſo viel man deren kennt, Abſchriften ſind. Dieſe Ausgabe iſt in ſieben Theile, nicht in zwey oder drey Bände, wie einige ſagen, abgetheilt; iſt ſehr ſelten und ſchätzbar. Die Haloandriniſche hat Gregor Haloander zu Nürnberg im Jahr 1529. in drey Quartbänden beſorgt. Sie gehöret wegen ihrer ausnehmenden Richtigkeit und vielen guten Leſearten unter die vorzüglichſten (* 7). Vulgata editio endlich nennte man vormals jede Ausgabe, welche in einer gewiſſen Zeitperiode ſich gemein gemacht hatte, welche die laufende Ausgabe war. Bald alſo war dieſe, bald eine andere die vulgata. Seitdem die Gothofrediſche Ausgabe exiſtirt, giebt es keine wahre, von der Florentiniſchen unterſchiedene vulgatam. Dann Gothofreds Ausgabe iſt die gewöhnlichſte, ſie ſtimmt aber faſt ganz mit der Florentiniſchen überein (* 8).

8) Noch iſt übrig, daß wir die Allegirart der Pandecten kennen lernen. Man unterſcheide a) die natürliche aber nicht gewöhnliche, b) die bey den alten Juriſten eingeführte, und c) die heutigestags übliche Weiſe zu allegiren. Nemlich a) die natürlichſte Methode wäre, daß man Buch, Titel, Geſetz und Paragraph mit Zahlen bezeichnete, z. E. ſetzte:

Pandectar. Lib. 3. Tit. 3. Lex. 40. §. 2.

Aber ſie iſt nicht eingeführt, vielleicht weil ſie zu weitläuftig ſchien, und man ein ſolches Allegat nicht leicht im Gedächtniß behalten kann. b) Die

alten Juriſten ſetzten alſo ſtatt deſſen die Anfangsworte des Geſetzes und des Paragraphes nebſt der Ueberſchrift des Titels z. E.

L. *Pomponius*, §. *ſed et* ff. oder D. de procurator.

Dieß Allegat war leicht auswendig zu behalten, und man forderte von einem Juriſten, daß er wußte, wo der Titel de procuratoribus, und in demſelben das Geſetz, das mit Pomponius anfängt, ſteht. c) In den neuern Zeiten iſt es gewöhnlich worden, ſtatt der Anfangsworte des Geſetzes und der Paragraphen die Zahl derſelben zu ſetzen, weil dieſes bequemer für den Aufſchlagenden iſt. Man ſetzt alſo ein L. (dieß heißt lex); darauf die Zahl des Geſetzes; das Zeichen §. welches paragraphus bedeutet; die Zahl des Paragraphs; ein D. oder π. oder ff. welches die Pandecten anzeigt, und endlich die Ueberſchrift des Titels, z. E.

L. 40. §. 2. { D. / π. / ff. } de procuratoribus.

und ſpricht es aus lex 40. paragrapho 2. Digeſtis (oder Pandectis) de procuratoribus. Iſt das prooemium eines Geſetzes, das heißt der erſte Satz aus dem Geſetz, der vor den Paragraphen vorausgeht, zu allegiren: ſo ſchreibt man z. E.

L. 20. pr. { D. / π. / ff. } de dolo malo.

und ſpricht es aus: Lex 20. prooemio oder principio Digeſtis de dolo malo. Einige verbinden die alte und neue Methode, indem ſie ſchreiben:

L. Pomponius 40. §. ſed & 2. D. de procuratoribus.

welches allgemeine Nachahmung verdiente. Die Urſache übrigens, warum man die Pandecten mit ff. anführt, iſt ſchwer anzugeben. Vermüthlich iſt dieſes Zeichen ein verdorbenes π. Endlich iſt noch zu wiſſen, daß man zuweilen die Buchſtaben D. π. und ff. ganz weg läßt. Wenn alſo im Allegat nicht bemerkt iſt, ob der codex oder die Pandecten zu verſtehen ſeyen, ſo ſind die letztern gemeynt.

9) Wer nun ein Allegat aus den Pandecten aufſchlagen will, muß wiſſen, wo der angegebene Titel ſteht, z. E. er muß wiſſen, daß der Titel de procuratoribus der dritte im dritten Buche iſt. Weiß man das nicht, ſo muß man das alphabetiſche Titelregiſter, das vor dem corpore iuris ſteht, nachſchlagen.

(1) *Apicius* de re culinaria Lib, 4. p. 103.
(2) P. 1. pag. 72. ſqq.
(3) *Ludewig* vita Iuſtiniani pag. 211. ſqq.

(4) in

(4) in Gundlingianis P. 4. obſ. 5.
(5) *Jenſius* in ſtricturis ad Pand. & Cod. edit. quart. Roterd. 1764.
(6) Unpartheyiſche Critik über juriſt. Schriften, 1ter Band, 3tes Stück, 163. und f. f. Seite.
(7) *Duaren.* diſput. anniverſar. Lib. 1. diſp. 29.
(8) **Meurer** juriſtiſche Abhandlungen, S. 199. u. f. f.

§. 7. Von den funfzig Entſcheidungen.

Zu der Zeit als die Pandecten verfertiget wurden, gab Juſtinian ſeine funfzig **Entſcheidungen** heraus. Um ſich davon den rechten Begriff zu machen, behalte man folgendes:

1) Die alte Rechtsgelehrten hatten viele gelehrte Streitigkeiten unter ſich geführt, in vielen Rechtsmaterien verſchiedene Meynungen gehegt.

2) Die Haupturſachen dieſer Streitigkeiten waren die Secten, die zu Kayſer Auguſts Zeiten entſtanden waren. Damals nemlich lebten zwey berühmte Rechtsgelehrte, **Cajus Atejus Capito**, und **Quintus Antiſtius Labeo**, die aus mancherley Urſachen in ihren Meynungen ſehr oft verſchieden waren, die ihre Schüler und Anhänger hatten, und veranlaßten, daß länger als ein Jahrhundert faſt alle Rechtsgelehrten in zwey groſſe Partheyen getrennt, und nur wenige neutral oder ecclectiſch waren. Die Anhänger des Capito hieſen **Sabinianer** oder **Caſſianer**, weil zwey berühmte Juriſten Maſurius Sabinus und Cajus Caſſius Longinus zu dieſer Secte gehörten. Labeo's Schüler heiſſen **Proculejaner**, von Proculus, einem der angeſehenſten Männer ſeiner Schule. Daß ſie auch **Pegaſianer** geheiſſen hätten, wie Heineccius ſagt, iſt nicht zu erweiſen.

3) Als man die Pandecten zu compiliren anfing, zeigten ſich die verſchiedene Meynungen und Widerſprüche in den juriſtiſchen Schriften. Daher gab Juſtinian 50 Verordnungen, worin er durch Tribonian die vornehmſte Streitfragen entſcheiden ließ, und die daher die **funfzig Deciſionen** oder **Entſcheidungen** heiſen.

4) Juſtinian hat ſie nicht auf einmal, ſondern zu verſchiedenen Zeiten ertheilt; wahrſcheinlich ſie nachher ſammlen laſſen, und endlich ſind ſie ſeinem zweyten Codex einverleibt worden. Ob ſie aber alle darin ſtehen, wo ſie anzutreffen, woran ſie zu erkennen und wie ſie zu zählen ſind, iſt ſehr zweifelhaft (*1), und zum Glück eben ſo unerheblich. So viel bemerke man alſo nur: wenn eine Verordnung im Codex (a) die Ueberſchrift: Iuſtinianus Ioanni & Iuliano P. P. führt; (b) in den Jahren 530. 531. oder 532. gegeben iſt; und (c) eine Streitfrage der alten Juriſten entſcheidet: ſo gehört ſie zuverläßig unter die 50 Entſcheidungen. Man ſehe z. E. L. 10. Cod. de impub. & aliis ſubſtit. L. 31. Cod. de fideicommiſſis L. 19. Cod. ad legem Falcid.

5) Verſchiedene neuere Rechtslehrer haben die 50 Entſcheidungen aus dem Codex geſammelt und erklärt. Unſer Autor führt des Emund Merillius und Johann Strauchs Arbeiten an (* 2). Beyde ſind ſchätzbar, aber Strauchs Commentar iſt nicht vollendet, nur zehen Entſcheidungen ſind darin erläutert.

(1) *Jo Pet. de Ludewig* Iuſtinian. Cap. 8. §. 33. not. 177. 178. p. 231. *Idem* in diſſ. de pactis de ſuperſtitis heredio. item 50 Deciſ. charact. Cap. 1.

(2) Des Merillius Commentar kam zu Paris 1618. in 4. heraus, ſteht auch in deſſen Werken (Neapel 1720. 4.) Part. 2. Strauchs Erläuterung iſt zu Gieſſen 1676. in 4. gedruckt.

§. 8. Verfaſſung der Inſtitutionen.

Codex und Pandecten waren nun fertig. Man ſah aber bald, daß dieſe Bücher dem Anfänger nicht dienen konnten, um daraus die Rechtsgrundſätze zu erlernen. Juſtinian befahl daher, zum Beſten der juriſtiſchen Lehrlinge ein kleines Elementarbuch zu entwerfen, mit dem ſie den Anfang in ihren Studien machen, die Milch der Jurisprudenz einſaugen könnten. Er übertrug dieſe Arbeit dreyen Rechtsgelehrten, Tribonian, Dorotheus und Theophilus. Tribonian war, wie ſchon oben erinnert worden iſt, Magiſter officiorum, und Exquæſtor ſacri Palatii, Dorotheus Profeſſor der Rechte zu Berytus, und Theophilus Rechtslehrer zu Conſtantinopel. Als die Arbeit fertig war, erhielt ſie den Titel *Inſtitutiones*.

1) Die Quellen dieſes Buches ſind (a) die Inſtitutionen einiger älterer Juriſten, vorzüglich des Cajus, eines Rechtsgelehrten aus Hadrians Zeit, deſſen Buch noch jetzt gröſtentheils vorhanden iſt; (b) der alte oder erſte Codex, und (c) die Pandecten.

2) Die Eintheilung der Inſtitutionen iſt dieſe: ſie haben vier Bücher: jedes Buch ſeine Titel, jeder Titel ſeine Abſchnitte, wovon der erſte *prooemium* oder *principium*, die folgende aber Paragraphen heiſen.

3) Der Text muß auch bey dieſem Buche nicht mit den Compendien verwechſelt werden. Die Arbeit der drey eben genannten Männer, des Tribonian, Dorotheus und Theophilus, iſt der Text. Anfangsgründe des römiſchen Rechts aber, von neueren Schriftſtellern nach Ordnung des Juſtinianeiſchen Textes entworfen, heiſen compendia der Inſtitutionen. Jener, der Text, hat geſetzliches Anſehen, das den Compendien fehlt.

4) Man hat eine griechiſche Paraphraſe des Inſtitutionentextes, das heiſt eine griechiſche Ueberſetzung, wo der Text durch Zuſätze erweitert und erklärt iſt. Sie hat einen Theophilus zum Verfaſſer, der wahrſcheinlich derſelbe Rechtslehrer iſt, welcher an den lateiniſchen Inſtitutionen mit arbeitete, und iſt ein gutes Hülfsmittel zur Erklärung des lateiniſchen Textes. Die

beſte

beſte Ausgabe dieſer Paraphraſe iſt die Reiziſche, Haag 1752. 2 Bände in 4.

5) Die Art die Inſtitutionen zu allegiren, kommt mit der bey den Pandecten gewöhnlichen überein. Man bemerke, (a) der Juriſt allegirt die Inſtitutienen nicht, wie andere Bücher allegirt zu werden pflegen. Z. E. nicht Inſtit. Lib. 1. Tit. 10. prooem. oder §. 2. ſondern (b) wann dieſe Stellen bey ältern Juriſten angeführt werden: ſo heißt es.

Pr. Inſt. de nupt. oder §. inter eas Inſt. de nupt.

Inter eas ſind die Anfangsworte des §. 2. im Titel de nuptiis. (c) Die neuere hingegen laſſen die Anfangsworte des §. weg und ſetzen dafür die Zahl z. E.

§. 2. { Inſt. / I. } de Nuptiis.

Alſo das Paragraphzeichen; die Zahl, das abgekürzte Wort Inſt. oder auch nur den Buchſtab I.; endlich die Ueberſchrift des Titels, aus dem das Allegat genommen iſt. Um ein ſolches Allegat aufzuſchlagen, iſt nichts nöthig, als zu wiſſen, wo der citirte Titel ſteht, welches dann einer, der es nicht auswendig weiß, aus dem Titelregiſter erfahren kann.

§. 9. Alter der Inſtitutionen und Pandecten.

Es iſt nützlich, das Alter eines Geſetzbuches zu wiſſen; inſonderheit nützlich zu wiſſen, welches von mehreren Geſetzbüchern das ältere, welches das neuere ſey. Davon wird uns der 15te Paragraph überzeugen. Unſer Autor vergleicht deswegen hier das Alter der Pandecten und Inſtitutionen mit einander. Welches von beyden Büchern iſt älter? Man unterſcheide drey Zeiten, die Zeit der Verfertigung, der Bekanntmachung, und der Beſtätigung. Die Pandecten ſind eher als die Inſtitutionen verfertiget worden. Als die Pandecten ſchon ganz, oder wenigſtens gröſtentheils fertig waren, fieng man erſt an, die Inſtitutionen zu ſchreiben. Aber die Inſtitutionen wurden eher als die Pandecten bekannt gemacht. Die Inſtitutionen ließ Juſtinian am 21ten Nov. im Jahr 533. die Pandecten erſt 16ten December deſſelben Jahrs publiciren. Die Beſtätigung erhielten beyde Bücher auf Einen Tag. Juſtinian verordnete, beyde ſollten geſetzliches Anſehen (pleniſſimum conſtitutionum Iuſtinianearum robur) vom 30ten December des Jahrs 533. an haben.

§. 10. Neuer Codex.

Nach Verfertigung des Codex, den wir §. 5. kennen lernten, hatte Juſtinian eine groſſe Menge neuer Verordnungen, über zweyhundert, publicirt.

blicirt. Manche alte Verordnung des Code war auch durch dieſe neue Geſetze abgeſchafft und aufgehoben. Juſtinian gab daher Befehl den alten Codex zu revidiren, mit den neuen Verordnungen zu vermehren, inſonderheit die funfzig Deciſionen einzuſchalten, die abgeſchaffte Verordnungen wegzulaſſen, und ſolchergeſtalt eine neue Ausgabe des Codex zu beſorgen. Der Befehl wurde durch Tribonian und vier andere Rechtsgelehrte befolgt, und der neue Codex unter dem Namen *codex repetitae praelectionis* im Jahr 534. bekannt gemacht. Der alte Codex hingegen wurde völlig abgeſchafft, und ſein gerichtlicher Gebrauch verboten. Ich habe von dieſem neuen Codex folgendes anzumerken.

1) Der Name codex repetitae praelectionis kommt von der Gewohnheit der Alten her, ihre Bücher vor der Bekanntmachung öffentlich vorzuleſen. Wer ein Buch zum zweytenmal herausgab, wiederholte die Vorleſung. Daher heißt liber repetitae praelectionis die zweyte Ausgabe eines Buches; codex repetitae praelectionis ein neuer, verbeſſerter Codex.

2) Der Codex iſt ſo wie die Pandecten in Bücher; dieſe in Titel, die Titel in Geſetze, und die Geſetze in prooemium und Paragraphe eingetheilt.

3) Die Originalſprache der meiſten Geſetze im Codex iſt die lateiniſche. Der oben (§. 6.) angeführte Jenſius behaupter zwar viele Verordnungen im Codex, die wir für lateiniſche Originale hielten, ſeyen Ueberſetzungen aus dem griechiſchen. Aber ſeine Beweiſe ſind hier eben ſo unzulänglich als bey den Pandecten (* [1]).

4) Nicht wenige Verordnungen, die vormals im Codex ſtanden, ſind durch die Nachläßigkeit der Abſchreiber, und durch die Verwüſtung der Zeit verlohren gegangen. Verſchiedene Gelehrte, Cujacius, Charondas, und Contius haben ſie zum Theil aus den griechiſchen Geſetzbüchern wieder hergeſtellt, und dem Codex einverleibt.

5) Der Codex iſt, wie man aus dem bisher geſagten ſieht, von den Pandecten darin verſchieden, daß jener eine Sammlung kayſerlicher Verordnungen iſt, dieſe aber Auszüge aus den Schriften der alten Rechtsgelehrten enthalten.

6) Bey dem **Allegiren** des Codex iſt, ſo wie bey den Pandecten, die **natürlichſte** Art von der **vormals eingeführten**, und von der jetzt gewöhnlichen zu unterſcheiden. Wer den Codex nemlich allegiren wollte, und die eingeführte Art nicht kennte, würde ſetzen.

Codex, Lib. 4. Tit. 18. L. 2. §. 2.

Aber auf dieſe Weiſe allegiren die Rechtsgelehrte nicht. Vor Zeiten führten ſie den Codex alſo an:

L. re-

L. receptitia §. his videlicet Cod. de conſtituta pecunia.

Receptitia nemlich iſt das Anfangswort des zweyten Geſetzes im Titel de conſtituta pecunia, und mit his videlicet fängt ſich der zweyte Paragraph in dieſem Geſetz an. Weil dieſe Anführungsart aber die Unbequemlichkeit hat, daß der Aufſchlagende die Anfangsworte aller Geſetze in dem allegirten Titel, und die Anfangsworte aller Paragraphen in dem allegirten Geſetz durchlaufen muß: ſo allegirt man in neueren Zeiten die Zahl des Geſetzes und Paragraphes; man ſetzt:

L. 2. §. 2. C. (oder Cod.) de conſtituta pecunia, oder auch die Anfangsworte und Zahl zugleich.

L. receptitia 2. §. his videlicet 2. C. de conſtit. pec.

Will man das Allegat nachſchlagen, ſo hat man im Titelregiſter den Titel de conſtituta pecunia zu ſuchen; dieſes zeigt, daß er im 4ten Buche des Codex der 18te iſt. Einige neue Juriſten ſetzen noch die Zahl des Buches und des Titels bey, z. E.

L. 17. C. de pignor. (VIII. 14.)

Dieſe Mode verdiente allgemein eingeführt zu werden, dann da man heutiges Tages keine Vorleſungen mehr über den Codex hält, ſo kann man von einem Juriſten nicht fordern, daß er die Titelfolge dieſes Buches auswendig wiſſe.

Die Anmerkung zum gegenwärtigen Paragraph ſagt, in den Inſtitutionen, im Texte nemlich, würden oft Verordnungen des Codex allegirt, die doch in unſern Ausgaben nicht ſtünden. Sehr oft geſchieht dieſes nun wohl nicht, ſondern nur dreymal, und dieſe drey Stellen zeigt der Autor ſelbſt an. (1) Im §. 27. Inſt. de legat. desgleichen im pr. Inſt. de bon. poſſeſſ. wird eine Verordnung Juſtinians de perſonis incertis; (2) im §. 7. Inſt. de legit. agnat. ſucceſſ. eine Verordnung de iure patronatus, und (3) im §. 24. & 33. de act. eine Conſtitution de plus petitionibus angeführt. Alle dieſe drey Verordnungen aber fehlen im Codex. Woher kommt dieß? Man giebt zweyerley Urſachen an. Einige ſagen mit unſerm Autor, zu der Zeit, als die Inſtitutionen geſchrieben wurden, hätte man den alten Codex noch gehabt, darinn hätten dieſe drey Verordnungen geſtanden, in dem neuen aber ſeyen ſie weggelaſſen. Andere hingegen, welche dann wohl Recht haben mögen, behaupten, die in den Inſtitutionen allegirte, im Codex fehlende Verordnungen hätten ſowohl im alten als im neueren Codex geſtanden, ſie ſeyen aber nachher entweder durch ein Verſehen der Abſchreiber verlohren gegangen, oder durch Zufall und Zeit vernichtet worden.

(1) Unpartheyiſche Critik über juriſtiſche Schriften, 3ter Band, 6ter Theil, 500 u. f. Seite.

§. 11. und 12. Von Juſtinians Novellen.

Nachdem auch der neue Codex fertig war, regierte Juſtinian noch viele Jahre. Weil ihm in dieſer Zeit manche Fälle vorkamen, die in ſeinen Rechtsbüchern noch nicht entſchieden waren, oder die er jezt anders entſcheiden wollte, als dort geſchehen war: ſo gab er nach und nach zu verſchiedenen Zeiten noch eine ziemliche Anzahl neuer Verordnungen, worinn er theils das alte Recht änderte, theils Fälle entſchied, die in den vorigen Rechtsbüchern, Inſtitutionen, Pandecten und Codex nicht vorkamen. Dieſe neue Verordnungen heiſen *Nouellae* nemlich leges, und ſind in einer Sammlung dem corpori iuris beygefügt worden. Ich habe mancherley darüber anzumerken.

1) Fragt ſich's, wer hat die Sammlung der Novellen, welche wir beſizen, gemacht? Daß Juſtinian ſelbſt eine Sammlung zu veranſtalten verſprochen hat, iſt gewiß; auch daß er eine zu Stande gebracht habe, iſt nicht mit Grund zu bezweifeln; wie der jüngere Hombergk in ſeiner Abhandlung de collectione nouellarum a Iuſtiniano facta (* 1) bewieſen hat. Aber ob die Sammlung, welche wir beſizen, dieſelbige ſey, die Juſtinian hat machen laſſen, iſt eine andere Frage. Aus verſchiedenen Gründen iſt zu ſchlieſſen, daß wir die Juſtinianeiſche Sammlung nicht beſizen. Wenigſtens iſt gewiß, daß in unſerer Sammlung manche unächte Novellen ſind, Verordnungen von Juſtin II von Tiberius, und Eparchica, das heiſt Edicte gewiſſer hohen Magiſtratsperſonen, welche praefecti praetorio oder griechiſch Ἔπαρχοι hieſen. (* 2) Indeſſen iſt unſere Sammlung doch ſchon alt, dann im 9ten Jahrhundert war ſie ſchon vorhanden. Dieſes ſieht man aus einem griechiſchen Rechtsbuche dieſes Zeitalters (* 3) wo es heiſt, die 160ſte Novelle handele von uſuris pecuniae mutuaticiae. Eben dieſes iſt aber auch der Inhalt der 160ſten Novelle in unſerer Sammlung.

2) Welches iſt die Originalſprache der Novellen? Ferd. Aug. Hommel in einer Diſſertation de textu Nouellarum originario (* 4) glaubt die lateiniſche. Aber der jüngere Hombergk in ſeinem Tractat de lingua Nouellarum originaria (* 5) zeigt, daß die meiſte Novellen griechiſch, einige auch griechiſch und lateiniſch zugleich publicirt worden ſind. Indeſſen iſt das griechiſche Original der Novellen lange unbekannt geweſen. Erſt im Jahr 1533. gab es Gregorius Haloander zu Nürnberg heraus. Der Buchdrucker Hervagius beſorgte im Jahr 1541. zu

Baſel

Baſel eine mit einigen Novellen vermehrte Edition. Und eine dritte, mit 23 ungedruckten Novellen bereicherte gab Heinrich Scrimger (* [6]) im Jahr 1558. zu Paris heraus. Dieſe iſt 1561. zu Baſel wieder aufgelegt worden (* [7]).

3) Die Novellen ſind dreymal überſetzt. Man hat die Vulgata, die Haloandriſche, und die Hombergkiſche Ueberſetzung. Das eigentliche Alter, und der Verfaſſer der Vulgata ſind unbekannt; doch ſcheint ſie im 9ten Jahrhundert ſchon exiſtirt zu haben. Sie iſt von Wort zu Wort gemacht, ohne Rückſicht auf das Genie der lateiniſchen Sprache und voll Barbarismen. Weit reiner und eleganter iſt die Haloandriſche. Agyläus ein holländiſcher Rechtsgelehrter, der im Jahr 1595. zu Utrecht ſtarb, hat die Fehler der Haloandriſchen Ueberſetzung bemerkt, einige Novellen ganz neu überſetzt, und Varianten zu der Haloandriſchen Ausgabe geliefert. Sein Buch iſt unter dem Titel: Nouellarum Iuſtiniani Principis conſtitutionum ſupplementum zu Cölln 1560. in 8. herausgekommen. (* [8]) Die beſte aber iſt die von Hombergk dem Vater, welche im Jahr 1717. zu Marburg in 4. erſchien.

4) Sehr merkwürdig iſt die *epitome Juliani*. Nemlich Julian ein Rechtsgelehrter zu Conſtantinopel machte um das Jahr 570. einen Auszug aus Juſtinians Novellen in lateiniſcher Sprache, der, weil er kürzer und angenehmer zu leſen als das Original iſt, groſſes Anſehen erhielt. Die beſten unter den ſehr vielen Ausgaben dieſer epitome ſind die Baſeliſche vom Jahr 1576. und die Pariſer vom Jahr 1689.

5) Was gilt aber in der Praxis, das griechiſche Original, oder eine Ueberſetzung, und welche? Billig ſollte das Original gelten, und wenn man ihm eine Ueberſetzung vorziehen wollte, ſo ſollte man wenigſtens die beſte wählen; aber der Gerichtsbrauch nimmt weder das Original, noch die beſte Ueberſetzung, ſondern die Vulgata an. (* [9]) Dieſes kommt daher, weil zu der Zeit als das corpus iuris in Deutſchland recipirt wurde, nicht das Original, ſondern die verſio vulgata darinn ſtand. Was aber zur Zeit der Reception vorhanden war, das wurde angenommmen. Weicht alſo die vulgata von dem Text ab, ſo folgt man jener. Z. E. in der 107. Novelle ſagt die vulgata: die Eltern ſollen im Teſtamente unter Kindern das datum und zwar mit eigener Hand beyſetzen. Das Original ſagt nur: **wann die Eltern das** *datum* **beyſetzen wollen**, ſo ſollen ſie es mit eigener Hand thun. Eine andere Verſchiedenheit zeigt Strube am angeführten Orte.

6) Die Novellen ſind, vermuthlich von den Gloſſatoren, in neun collationes, und dieſe in Titel eingetheilt worden. Wann daher die alte

Juriſten die Novellen allegiren wollten, ſo ſetzten ſie: Authentica, (dann ſo nennten ſie die Novellen) alsdann die Anfangsworte der Novelle, den Anfang des Capitels, oder Paragraphs (§.) wie ſie ſagten, und die Zahl der Collation. Z. E.

Authent. plurimas, §. nullam vero, Collat. 9.

Heutzutag ſetzt man das Wort Novelle abgekürzt: *Nov.* darauf die Zahl der Novelle, das Wort *Cap.* und die Zahl des Capitels. Z. E.

Nov. 118. Cap. 4.

(1) In *Zepernick* delect. ſcriptor. Novell. Iuſtin. illuſtrant. p. 295. ſqq.
(2) *Hoffmann* hiſt. jur. Vol. I. pag. 624. 609.
(3) Synopſis Baſil. Lib. 23. Tit. 3. Cap. 73. p. 251.
(4) *Zepernick* delect. pag. 267. ſqq.
(5) *Zepernick* delect. p. 177. ſqq.
(6) Das Leben dieſes merkwürdigen Gelehrten beſchreibt **Zepernick** in ſeinen Zuſätzen zu **Becks** tract. de Nov. Leon. S. 338.
(7) *Zepernick* ad *Beck* p. 346.
(8) *Zepernick* ad *Beck* p. 339.
(9) *Mauritius* de libris iur. commun. §. 16. in opuſc. pag. 83. *Lauterbach* coll. th. pr. prolegom. §. 6. n. 2. *Hoffmann* hiſt. iur. Part. 2. Cap. 12. §. 13. p. m. 283. **Strube** rechtl. Bedenken. 2ter Band, 215te Seite. Für den griechiſchen Text ſtreitet *Hunnius* de interpret. & auct. iur. Lib. 2. Cap. 5.

§. 13. Von den Authentiken.

In dem Codex findet man hier und da ziemlich häufig Stücke, welche nicht auf Juſtinians Befehl, ſondern erſt in den neuern Zeiten einverleibt worden ſind. Sie heiſſen *Authenticae*. Man bemerke von ihnen:

1) Das Wort *Authenticae* hat dreyerley Bedeutungen. (a) Die ältere Juriſten nennten die Novellen Authenticas, oder im Neutrum Authentica, orum. Wann ſie den Auszug Julians citirten, ſo ſagten ſie Nouellae; wollten ſie aber die ächte Novellen Juſtinians anführen, ſo ſagten ſie authenticae. (* 1) Dieſe Bedeutung aber iſt jetzt nicht mehr üblich. Ferner (b) bedeutet das Wort authenticae Verordnungen der Kayſer F r i e d e r i c h s des erſten und des zweyten, die in dem Codex ſtehen. Dieſe Kayſer publicirten auf ihren Römerzügen in Italien viele Verordnungen. Einige davon ſchalteten die Juriſten damaliger Zeit in den Codex ein. Z. E. Friederich I. gab in einer Verordnung, die ſich habita quidem anfängt, den Lehrern und Schülern der Rechtsgelehrſamkeit verſchiedene Privilegien. Dieſe Verordnung iſt in den Titel des Codex ne filius pro patre Lib. 4. Tit. 13. geſetzt worden. Endlich (c) verſteht man unter den Authentiken auch Auszüge aus den Juſtinianeiſchen Novellen, welche man unter die Geſetze des Codex geſetzt hat, auf die ſie einigen Bezug haben.

In

In den Novellen wird das ius codicis theils confirmirt, theils abrogirt, theils ſuppliret. Man hat alſo Auszüge aus den Novellen gemacht, und ſie hie und da in die Titel des Codex eingeſchaltet, wohin ſie des Inhalts wegen gehörten. Z. E. in der Leg. 29. Cod. de teſtam. hatte Juſtinian verordnet, daß der Teſtirer den Namen des Erben mit eigner Hand ſchreiben ſollte. In der Novelle 119. Cap. 3. hebt er dieſes Geſetz wieder auf. Man hat daher aus der Novelle einen Auszug gemacht, und ihn unter die Leg. 29. Cod. de teſtam. geſetzt.

2) Die Authenticae von der einen und der andern Art unterſcheiden ſich von den übrigen Geſetzen des Codex durch die Curſivſchrift, womit ſie gedruckt ſind, und durch die Ueberſchriften. Die Fridericianiſche Authentiken führen nemlich die Ueberſchrift: *Noua Conſtitutio Friderici*, und über den Juſtinianeiſchen iſt die Novelle allegirt, aus der ſie genommen ſind.

3) Der Name Authenticae hat vermuthlich folgenden Urſprung. Im 12ten Jahrhundert wurden kurze Anmerkungen über das corpus iuris geſchrieben, die man *Gloſſas*, ſo wie ihre Verfaſſer *Gloſſatores* nannte. Unter dieſen Gloſſen ſtanden auch die vorhingedachte Verordnungen der beyden Kayſer Friederich und die Novellenauszüge. Sie wurden daher ebenfalls als Gloſſen angeſehen. Weil ſie aber doch vom Geſetzgeber herkamen, alſo geſetzliches Anſehen hatten, auch gröſtentheils aus den Novellen genommen waren, welche, wie geſagt, bey den Alten Authenticae hieſſen, ſo nennte man ſie zur Unterſcheidung von den übrigen Gloſſen: *Authenticas* nemlich gloſſas, Gloſſen von geſetzlicher Auctorität, vom griechiſchen αὐθέντης dominus, αὐθεντία auctoritas:

4) Wer hat aber die Authentiken in das corpus iuris geſetzt? Von den Friedericianiſchen iſt es ausgemacht, daß ſie die Gloſſatoren dem Codex einverleibt haben. Aber über die Frage, wer der Verfaſſer der Juſtinianeiſchen Authentiken ſey, iſt ein hitziger Streit geführt worden. Die Hauptſtreiter waren Cornelius van Bynkershoek und Alex. Arnold Pagenſtecher, und die ganze Geſchichte des Streites findet man in den Halliſchen Beyträgen zur juriſtiſchen gelehrten Hiſtorie. (* [2]) Man hat dreyerley Meinungen. Die alte Juriſten und einige neuere behaupten, Irnerius ein Rechtslehrer zu Bologna, der um das Jahr 1140. ſtarb, habe alle Authentiken gemacht. Pagenſtecher hingegen in ſeiner Abhandlung: Irnerius iniuria vapulans behauptet, die Authentiken ſeyen bald nach Juſtinians Zeiten verfertiget worden, Irnerius habe keinen Antheil daran, und leide alſo wegen der darinn vorkommenden Irthümer unſchuldig Streiche. Eine dritte Parthey geht den Mittelweg und nimmt an, daß

Irnerius der Verfaſſer einiger Authentiken ſey, daß aber manche ſchon vor ihm, manche von andern Juriſten ſeines Zeitalters verfertiget worden. Dieſe Meynung hat Bynkershoek (* [3]) und Silberrad (* [4]) mit ſolchen Gründen unterſtützt, daß jeder Unpartheyiſche ihr Beyfall geben muß.

5) Wenn man die Authentiken allegiren will, ſo ſetzt man (a) das Wort authentica abgekürzt; (b) die Anfangsworte der Authentike; (c) den Buchſtab C. oder Cod. das heiſt Codicis; (d) die Ueberſchrift des Titels im Codex, wo die Authentike ſteht. Z. E.

Auth. bona damnatorum C. de bonis proſcriptor.

Hier iſt die Authentike in dem Titel des Codex de bonis proſcriptorum (Lib. 9. Tit. 49.) welche ſich mit den Worten bona damnatorum anfängt, gemeynt. Wer ein ſolches Allegat nachſchlagen will, muß den angeführten Titel des Codex aufſuchen, und alsdann die Anfangsworte der darinn enthaltenen Authentiken durchlaufen, bis er die allegirte findet.

(1) *Scip. Gentil.* de ſecund. nupt. Cap. 13. p. m. 85.
(2) 2ter Band, 335. u. ff. Seite.
(3) *Bynkershoek* diatriba de auctore auctoribusue authenticarum, in opuſc. Halenſ. T. 1. p. 141. ſqq.
(4) *Silberrad* ad Heinecc. Lib. 1. §. 419.

§. 14. Anhänge des römiſchen Geſetzbuches.

Mit den Novellen ſchließt ſich das corpus iuris romani. Man hat aber in neuern Zeiten noch Anhänge dazu gemacht, die in gegenwärtigem §. beſchrieben werden. Der erſte Anhang beſtehet aus den 13 Edicten Juſtinians. Juſtinian hat ſie, wie die Novellen, erſt nach Verfertigung ſeiner übrigen Geſetzbücher machen laſſen. Sie ſind entweder keine allgemeine Geſetze, ſondern betreffen blos gewiſſe Provinzen und Städte, oder entſcheiden einen damaligen Religionsſtreit. Die Urſprache iſt griechiſch, Agyläus hat ſie ins Lateiniſche überſetzt. Auf ſie folgen noch 2) einige Verordnungen Juſtinians, Juſtins II. und Tiberius II. von geringer Erheblichkeit; und 3) die Leoniſche Novellen.

Leo, mit dem Beynamen der Philoſoph, regierte im Orient vom Jahr 886. bis 911. Er hat viele Verordnungen gegeben; worinn manches dem Juſtinianeiſchen Recht zuwider verordnet worden iſt. Leo erklärt z. E. das Teſtament eines Verſchwenders für gültig, wenn es vernünftig iſt; da es nach dem Juſtinianeiſchen Recht nicht gilt. Er giebt den Caſtraten und Weibsperſonen die Erlaubniß zu adoptiren, die ſie nach Juſtinianeiſchem Recht nicht haben. Nach dieſem Recht muß eine Schenkung, die ſich über 500 Soliden oder 2000 fl. belauft, gerichtlich angezeigt werden; dies hat Leo aufgehoben. 113 dieſer Verordnungen hat Scrimger zu Paris anno 1558.

1558. in fol. herausgegeben, nachher ſind ſie dem corpori iuris angehängt worden. Ihre Originalſprache iſt griechiſch, die lateiniſche Ueberſetzung hat Agyläus gemacht. Die beſte Nachricht von den Leoniſchen Novellen giebt Caſpar Achat. Beck in ſeinem Tractat de Nouellis Leonis. Herr Aſſeſſor Zepernick hat dieſe Schrift mit vortrefflichen Anmerkungen und Abhandlungen zu Halle 1779. herausgegeben, und ich muß ſie. in dieſer Geſtalt jedem empfehlen, der gründliche Gelehrſamkeit ſchäzt.

Der vierte Anhang beſteht aus einer Verordnung des Kayſer Zeno und den ſogenannten conſtitutionibus Imperatoriis, oder Verordnungen des Kayſer Heraclius, Nicephorus, Conſtantinus Porphyrogennetus und anderer. Der Fünfte iſt ungleich wichtiger als alle vorhergehende, er enthält das Longobardiſche Lehnrecht. Man bemerke davon: 1) wenn ich jemanden eine Sache, z. E. ein Landgut in Gebrauch gebe, mit dem Beding, daß er mir treu ſeyn, mein Beſtes befördern und meinen Schaden abwenden ſoll: ſo ſagt man er habe ein Lehn, Feudum erhalten; er heiſt Vaſall, ich Lehnsherr. In den vorigen Jahrhunderten waren dieſe Lehn ſehr häufig; man gab den Soldaten ſtatt des Soldes, und den Civilbedienten ſtatt der Beſoldung Lehngüter. 2) Unter andern hatten auch die Longobarden, ein Volk von deutſcher Herkunft, das ſich im 6ten Jahrhundert in Italien niederließ, die Lehngüter eingeführt. Entſtand über ſolche Güter zwiſchen Herrn und Vaſallen, oder unter den Vaſallen ſelbſt Streit, ſo ward er nach Gebräuchen und Gewohnheiten entſchieden. 3) Zwiſchen den Jahren 1158. und 1168. ſammelte ein Schriftſteller, deſſen Name völlig unbekannt iſt, dieſe Longobardiſche Lehnsgewohnheiten. Er brauchte dabey hauptſächlich die ältere Schriften zweyer Mayländiſchen Conſuln des Gerardus Niger und Obertus ab Orto, und ein Rechtslehrer zu Bologna, Hugolinus a Presbyteris hieng das Werk unter Kayſer Friederichs des zweyten Regierung dem corpori iuris an. Sie führen den Titel: libri Feudorum, und ſind in den ältern Ausgaben des corp. iuris in zwey Bücher, die Bücher in Titel abgetheilt. Daher allegirt man ſie folgendergeſtalt:

I. Feud. 7.
II. Feud. 10.

Dieſes ſpricht man gewöhnlich aus: primo Feudorum ſieben, ſecundo Feudorum zehen, und verſteht darunter den ſiebenden Titel des erſten Buches, den zehenden Titel des zweyten Buches.

§. 15. Welche Stücke des römiſchen Rechtsbuchs haben geſetzliches Anſehen.

Nachdem wir alle Theile des corporis iuris kennen gelernt haben, ſo

ſo ſind zwey Fragen zu beantworten: 1) Welche von den bisher beſchriebenen Stücken des corp. iuris haben geſetzliches Anſehen? 2) Wann ſich die Geſetze im corpore iuris widerſprechen, welches geht dem andern vor? Ehe ich zur Beantwortung dieſer Fragen ſchreite, will ich zur Wiederholung und Ueberſicht des bishergeſagten eine chronologiſche Tabelle herſetzen: (* 1)

Im Jahr		527	den 1ten April kam Juſtinian zur Regierung.
—	—	528	den 13ten Februar gab er Befehl zur Verfertigung des erſten Codex.
—	—	529	den 13ten April ließ er dieſen Codex bekannt machen.
—	—	530	den 15ten Dec. befahl er die Pandecten zu ſchreiben.
—	—	531	wurden die Pandecten geſammelt, und da ſie fertig waren, die Inſtitutionen geſchrieben.
—	—	532	
—	—	533	
—	—	—	am 21ten November wurden die Inſtitutionen publicirt.
—	—	—	am 16ten December wurden die Pandecten bekannt gemacht.
—	—	—	am 30ſten December erhielten Inſtitutionen und Pandecten geſetzliches Anſehen.
—	—	534	den 16ten November wurde der Codex repetitae praelectionis bekannt gemacht.
—	—	535	und den folgenden bis 559 wurden die Novellen publicirt.

Die erſte Frage alſo war: welche der bisher beſchriebenen Rechtsbücher, und welche Theile des corp. iuris haben rechtliche Autorität? Die allgemeine Antwort iſt: nur das Juſtinianeiſche Recht iſt in Deutſchland angenommen, und zwar nur die Theile deſſelben, die mit Gloſſen verſehen ſind. Juſtinian war kein Oberherr und Geſetzgeber der Deutſchen. Sein Geſetzbuch gilt blos darum, weil es unſere Nation freywillig angenommen hat. Schon im 13ten, 14ten und 15ten Jahrhundert ſchlich es ſich nach und nach in Deutſchland ein. Am Ende des 15ten Jahrhunderts wurde ihm ſeine geſetzliche Autorität durch ein öffentliches Reichsgeſetz, die Cammergerichtsordnung vom Jahr 1495. beſtätiget. Weil aber das Anſehen der Gloſſatoren in den damaligen Zeiten ſo gros war, daß man ſie beynahe wie Geſetzgeber ehrte, ſo wurde nichts vom römiſchen Recht in Deutſchland aufgenommen, als was mit Gloſſen verſehen war.

Daraus folgt dann I. daß die Fragmente des Codex Gregorianus und Hermogenianus, deßgleichen der Theodoſianiſche Codex in unſern Ge-

richten

richten kein geſetzliches Anſehen haben. Dann ſie ſind kein Juſtinianeiſches Recht, und Juſtinian hat auch dieſe Sammlungen als er ſeinen erſten Codex publicirte, ganz abgeſchafft. Er verordnete, daß es als ein falſum, als ein öffentlicher Betrug angeſehen werden ſollte, wenn man ſie im Gericht noch als Geſetzbücher allegiren würde. Indeſſen haben doch dieſe Bücher ihren groſſen Nutzen in der juriſtiſchen Auslegungskunſt; denn man kann oft daraus das alte römiſche Recht lernen, das in dem Juſtinianeiſchen Codex nicht ſteht, und das gleichwohl zur beſſern Einſicht in das neue ſehr nöthig iſt. Ferner ſtehen in dem Gregorianiſchen, Hermogenianiſchen und Theodoſianiſchen Codex die Verordnungen weit vollſtändiger und ächter, als in unſerm Juſtinianeiſchen, wo ſie abgekürzt und verändert ſind. Sie ſind alſo in jenen Büchern leichter und richtiger zu erklären, als in dieſem.

II. Die Authentiken gelten nicht ohne Unterſchied, ſondern man muß diſtinguiren: entweder iſt die Rede von den Friedericianiſchen Authentiken, oder von den Juſtinianeiſchen; die erſtere haben geſetzliches Anſehen. Die letztere ſtimmen entweder mit ihrer Quelle, der Novelle überein, oder nicht. Kommen ſie mit der Novelle überein, ſo gelten ſie. Wie aber, wenn ſie von der Novelle abweichen? Dieſes geſchieht mehr, als einmal. Der Verfaſſer der Authentiken hat die Novelle zuweilen nicht aufmerkſam geleſen, nicht recht verſtanden, oder vielleicht vorſetzlich ihre Vorſchrift geändert. Unſer Autor führt in den Noten verſchiedene Exempel davon an. Die Novelle 134. C. ult. verordnet, daß das Vermögen eines zum Tode verurtheilten Miſſethäters auf die Deſcendenten, und nach ihnen auf die Aſcendenten bis zum dritten Grade fallen ſoll. Die Seitenverwandte ſind ausgeſchloſſen. Wann alſo mein Bruder zum Tode verurtheilt wird, ſo erbe ich nicht. Die aus dieſer Novelle gezogene Authentike bona damnatorum Cod. de bonis proſcriptorum aber giebt den Deſcendenten, allen Aſcendenten und den Seitenverwandten bis zum dritten Grade ein Erbrecht. In dieſem Falle ziehen verſchiedene Juriſten die Authentike vor, weil ſie doch neuer als die Novelle, und mit dem ganzen corp. iuris recipirt worden ſey. (* 2) Die meiſte aber behaupten, daß die Novelle vorgehe, wann nicht erwieſen werden könne, daß eine Authentike der Novelle zuwider in der Praxis angenommen ſey. (* 3) Und dieß iſt auch die richtigſte Meynung; denn es iſt nicht zu vermuthen, daß Kayſer und Reich einen Irrthum oder vorſetzliche Verfälſchung bey der Aufnahme des römiſchen Rechtes haben billigen und annehmen wollen; oder wenigſtens, daß ſie dergleichen jetzt, da man von der abergläubiſchen Verehrung der Gloſſatoren zurückgekommen iſt, billigen werden.

III. Die Novellen des Kayſer Leo gelten nach der richtigern Meynung nicht in den Gerichten; dann ſie ſind kein Juſtinianeiſches Recht, und man

hatte ſie zu der Zeit, als dieſes aufgenommen wurde, noch nicht. Daß manches in Deutſchland beobachtet wird, was in den Leoniſchen Novellen ſteht, kann nicht geleugnet werden. Aber es gilt nicht, weil es Leo ſo verordnet hat, ſondern, weil es dem canoniſchen, oder deutſchen, oder Naturrecht gemäß iſt. (* 4)

IV. Die 13 Edicte Juſtinians, die einzelne Verordnungen von ihm, von Juſtinus minor, Tiberius II. Zeno und andern Kayſern, kurz alles, was von Verordnungen noch auf Juſtinians Novellen folgt, iſt in den Gerichten nicht angenommen. Dann es war zur Zeit der Aufnahme noch nicht im corp. iuris, und hat keine Gloſſen. Auch die Verordnungen im Codex gelten nicht, die zur Zeit der Reception noch nicht im corp. iuris waren, ſondern erſt nachher von Cujacius, Contius und andern aufgefunden und eingeſchaltet worden ſind. (§. 10. N. 3.) Wenigſtens iſt dieſes die gemeine und recipirte Meynung. (* 5)

Hingegen haben geſetzliches Anſehen I. die Inſtitutionen und II. die Pandecten. Nur muß man den obenbemerkten Unterſchied unter Text und Compendien nicht vergeſſen. Der Text der Inſtitutionen und Pandecten hat geſetzliche Kraft, nicht die Compendien. (§. 6. et 8.)

III. Der Codex repetitae praelectionis, ſo wie er zur Zeit ſeiner Aufnahme in Deutſchland war.

IV. Die Novellen; doch muß man hier einen Unterſchied machen: die Novellen ſind entweder mit Gloſſen verſehen oder nicht. Der gloſſirten ſind 118. (* 6) Die Urſache, warum einige Novellen keine Gloſſen haben, iſt bey manchen leicht zu begreifen, bey andern nicht. Nemlich einige waren zur Zeit der Gloſſatoren noch nicht aufgefunden, z. E. 166. 167. 168. andere quadriren nur auf die römiſche Staatsverfaſſung, z. E. Nov. 13. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. ꝛc. Die Gloſſatoren hielten es alſo nicht für der Mühe werth, ſie zu erklären. Aber einigen Novellen fehlen auch die Gloſſen, ohne daß irgend jemand die Urſache einſehen kann, z. E. der 121. 155. 160. 162. Dieſes vorausgeſetzt, bemerke man: die gloſſirten Novellen gelten, jedoch nur in ſo weit, als ſie auf die heutige Verfaſſung anwendbar ſind, z. E. alſo die 10. 41. 116. gelten nicht. Die nicht gloſſirten haben keine geſetzliche Gültigkeit, weil man die Regel hat: quidquid non recipit gloſſa, id non recipit forum; und dieſe gründet ſich darauf, daß das was keine Gloſſe hat, zur Zeit, als das corpus iuris recipirt wurde, darin nicht befindlich geweſen ſey. Der unten angeführte Menken (* 7) hält zwar dieſe Meynung für unvernünftig, und glaubt, man ſollte die nicht gloſſirte Novellen ſo gut als die gloſſirte gelten laſſen; auſſer, wann ſie unächt, und nicht von Juſtinian, oder nicht paſſend auf die deutſche Verfaſſung ſind.

Aber

Aber Zepernik (* [8]) hat doch verſchiedenes zur Vertheidigung der gemeinen Meynung beygebracht, das nicht zu verwerfen iſt.

V. Gelten die Fridericianiſche Authentiken. Sie ſind zwar nur für Italien, und ohne Conſens der deutſchen Reichsſtände gegeben; haben alſo an ſich keine geſetzliche Autorität; ſie ſind aber mit dem corp. iuris in Deutſchland an und aufgenommen worden. (* [9])

Endlich VI. haben auch die Longobardiſche Lehnrechtsbücher geſetzliche Gültigkeit. Doch iſt dieſes nur von den ſogenannten capitulis ordinariis zu verſtehen, nicht von den extraordinariis. Nemlich alles, was in dem erſten Buche, und in den 58 erſten Titeln des zweyten Buches ſteht, ſind capitula ordinaria, was nachher folgt, capitula extraordinaria. Dieſe haben der Regel nach kein geſetzliches Anſehen. Wer ein capitulum extraordinarium für ſich anführt, der muß beweiſen, daß es beſonders in den Gerichten angenommen ſey. Dieß iſt wenigſtens die richtigere (* [10]) Meynung, wiewohl Cujacius (* [11]) und Finkelthaus (* [12]) das Gegentheil behaupten.

(1) Eine ähnliche Tabelle giebt *Contius* lection. cap. 8. in oper. p. 30.

(2) Dieſer Meynung ſind *Strauch* de Irnerio non errante cap. 2. theſ. 7 *Beſold* diſſ. de libr. iur. cap. 4. *Berlich* p. 2. dec. 257. n. 44. *Leyſer* ſpec. 5. med. 5. coroll. 1. Tom. I. pag. 48. *Cramer* obſ. iur. univ. T. 4. obſ. 1043. p. 96. *Stryk* ad *Lauterbach.* prolegom. verb. *conveniunt.*

(3) Dieß behaupten *Lauterbach* in coll. theor. pract. prolegom. §. 5. ibique allegati. *Mauritius* de libr. iur. comm. opuſc. p. 81. *Bach* hiſtor. iurispr. p. 606. *Brunnquell* hiſt. iur. p. 270. *Silberrad* ad *Heineccium* §. 419. not. 8.

(4) *Seger* diſſ. de novellis Leonis und vorzüglich *Zepernik* am a. O. S. 403. haben dieß ſehr gründlich ausgeführt.

(5) *Lauterbach* coll. theor. pr. prolegom. §. 5. *Richter* deciſ. P. 1. dec. 37. n. 48. *Zepernik* S. 527.

(6) Ein Verzeichniß derſelben findet man in der alten Ausgabe von *Hoffmann* hiſt. iur. pag. 327. in *Pagenſtecher* ſiciliment. ad compend. *Lauterbach.* manip. 4. p. 17. und bey andern.

(7) Gothofr. Ludov. *Menken* diſſ. de novellarum gloſſatarum et non gloſſatarum auctoritate iuris. Lipſ. 1707.

(8) Am a. O. S. 525.

(9) *Silberrad* ad Heinecc. lib. 1. §. 419. pag. 611.

(10) *Hunnius* de interpr. et auctor. iur. L. 2. C. 8. Quaeſt. 2. *Struv* Synt. iur. feud. C. 1. § 7. n. 10. *Silberrad* l. c. lib. 1. §. 420. not. *s.* p. 624. *Reinharth* ad Chriſt. vol. 1. obſ. 61. *Moeller* diſtinct. feudal. C. 1. diſt. 3. p. 23. edit. noviſſ.

(11) Ad II. feud. 73.

(12) Diſp. feud. 1. controv. 16.

§. 16. Was iſt Rechtens, wann ſich die Theile des römiſchen Geſetzbuches widerſprechen?

Die zweyte Frage war: wann ſich die Verordnungen des corporis iuris widerſprechen, welche hat den Vorzug? Die allgemeine Regel iſt: das neuere Geſetz wird dem älteren vorgezogen, lex poſterior derogat priori Daraus folgt I. daß die Novellen, als die allerneueſten Geſetze allen übrigen Verordnungen und Büchern vorgehen; ſie gehen dem Codex, den Pandecten und Inſtitutionen vor. Man ſehe die chronologiſche Tabelle bey dem vorigen Paragraph. II. Der Codex derogirt den Inſtitutionen und Pandecten; dann er iſt jünger als dieſe, wie die eben angeführte Tabelle zeigt. Uebrigens ſind doch nicht alle Juriſten dieſer Meynung; verſchiedene leugnen, daß der Codex den Pandecten derogire, z. E. Giphanius, Hunnius (*1) Galvanus (*2) Franzkius (*3) Struv (*4). Allein ihre Argumente ſind nicht überzeugend, auch iſt der Streit gröſtentheils Wortſtreit. Man ſehe, was Mauritius (*5) Lauterbach und Pagenſtecher (*6) darüber geſchrieben haben.

IV. Wie ſteht es aber, wann die Inſtitutionen und Pandecten ſtreiten? Die Pandecten ſind eher geſchrieben, die Inſtitutionen eher publicirt: aber beyde haben auf denſelben Tag geſetzliches Anſehen erhalten. Die Juriſten ſind daher ſehr verſchiedener Meynung (*7). Einige geben den Pandecten, andere den Inſtitutionen den Vorzug. Unſer Autor behauptet aber ganz recht, das man zwey verſchiedene Fälle unterſcheiden müſſe. Der erſte Fall iſt: die Inſtitutionen ſind aus den Pandecten ausgeſchrieben, und der Verfaſſer hat ſich bey dem Excerpiren geirret, den Sinn der Pandecten nicht richtig in die Inſtitutionen übergetragen. In dieſem Fall gehen die Pandecten vor; dann das Original muß doch billig dem Excerpt vorgezogen werden, und wollte man die Inſtitutionen vorziehen, ſo würde man einen Irrthum begünſtigen. Unſer Autor giebt einige Exempel. Nach der L. 7. §. 7. de adquirendo rerum dominio iſt das Dreſchen des Getraides keine Specification. (Man ſehe unten §. 321.) Der §. 25. Inſt. de rerum diviſ. iſt ein Auszug aus jenem Geſetz. Weil aber die Verfaſſer der Inſtitutionen die Schlußworte des Geſetzes nicht geleſen haben, ſo rechnen ſie das Dreſchen irrig zur Specification. Hier werden billig die Pandecten vorgezogen. Der zweyte Fall aber iſt: Juſtinian hat in den Inſtitutionen vorſetzlich eine Verordnung der Pandecten abgeändert. Wann das erhellet: ſo muß man die Inſtitutionen vorziehen. Man würde ſonſt gegen den Willen des Geſetzgebers handeln. Z. E. vermöge der L. 23. §. 3. D. de rei vind gehört, wann ich auf eines andern Tafel etwas mahle, das Gemälde dem Herrn der Tafel, Im §. 34. Inſt. de rer. div. aber hat Juſtinian dieſes aufge-

hoben,

hoben, und mir, dem Mahler, das Gemälde zugeſprochen. Die Inſtitutionen alſo haben den Vorzug. (*[8])

(1) *Hubert. Giphan.* explanat. difficilior. LL. Cod. praefat. ſpecial. pag. 6. ſqq. *Hunnius* de auctoritate & interpretatione iuris. Lib. 2. Cap. 2. Qu. 1.

(2) *Galvanus* de uſufructu Cap. 31.

(3) *Franzkius* Comment. ad Pand. Prooem. n. 14. ſeqq.

(4) *Struv.* Exercit. 1. theſ. 69.

(5) *Mauritius* de libris iuris communis theſ. 14. in opuſc. p. 79.

(6) *Lauterbach* Concluſ. forenſ. Exerc. 1. theſ. 13. *Alex. Arn. Pagenſtecher* benedict. collat. 6. pag. 74. ſqq.

(7) Man ſehe *Eyben* in obſerv. ad Inſtit. Prooem. obſ. 3. in oper. p. 79.

(8) *Müller* ad *Struv* Exerc. 1. theſ. 69. lit. ε) *Silberrad* ad Heinecc. §. 399. lit. *a*, p. 547. *Pagenſtecher* l. c.

§. 17. Wie gilt das römiſche Recht in Teutſchland?

Das römiſche Recht iſt in unſerm Vaterland angenommen und eingeführt. Die Frage iſt nur: **wie iſt es angenommen?** Man bemerke zwey Sätze: das römiſche Recht iſt zwar **im Ganzen** *(in complexu)* angenommen, aber doch nur als ein **Hülfsrecht** *(in ſubſidium)*. 1) **Es iſt** *in complexu* **eingeführt**, das heiſt: nicht etwa einige **einzelne Bücher** oder **Geſetze** des corp. iuris ſind angenommen, ſondern es iſt **ganz eingeführt**; dergeſtalt, daß wenn jemand ein Geſetz daraus anführt, er wie die Praktiker ſagen, fundatam intentionem hat, das iſt: die Präſumtion ſtreitet für ihn, daß dieſes Geſetz in den Gerichten gelte, und zwar ſo lange bis ſein Gegner das Gegentheil beweiſt; bis dieſer nemlich zeigt, **entweder** daß dieſes Geſetz auf die heutige Verfaſſung nicht paſſe, **oder** daß ein conträres deutſches Geſetz über dieſen Fall vorhanden ſey. Dann **das römiſche Recht iſt 2) nur als ein Hülfsrecht eingeführt**, nur in den Fällen, wo wir keine deutſche Geſetze oder Gewohnheiten haben. Iſt alſo in einem gegebenen Falle ein Stadtrecht, oder Stadtbrauch, ein Landrecht, oder ein Landesbrauch, ein allgemeines deutſches Reichsgeſetz oder eine allgemeine deutſche Gewohnheit vorhanden: ſo kann das römiſche Recht nicht angewandt werden (*[1]).

(1) Eine der neueſten und beſten Schriften von dieſer Materie iſt **Adolph Dietr. Weber** Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des römiſchen Rechts. Schwerin 1782. 8.

Lib. I. Tit. I.

De Iuſtitia et Iure.

§. 18. Bedeutungen des Worts ius.

Das Wort ius hat in der römiſchen Sprache, ſo wie das deutſche Wort Recht vielerley Bedeutungen. Es bedeutet 1) zuweilen die Gerichtsſtätte, wo der Prätor Recht ſprach. Dieſe Bedeutung hat es in der bekannten Redensart: ambula mecum in ius, folge mir vor das Tribunal des Prätors. 2) Bedeutet es die Rechtsgelehrſamkeit. So ſagt man z. E. er ſtudiret ius, ein ſtudioſus iuris. 3) Verſteht man darunter ein moraliſches Vermögen, eine Befugniß. Z. E. man ſagt jemand habe das Recht zu jagen, das heiſt das moraliſche Vermögen, die Befugniß dazu. 4) Bedeutet das Wort ius ein Geſetz. Man ſagt z. E. das ius romanum ſchreibt vor, daß man bey Errichtung eines ſolennen Teſtaments ſieben Zeugen zuziehe. Endlich heiſt auch 5) ius ſo viel, als ein Inbegriff mehrerer Geſetze von einerley Art. Z. E. die römiſche Geſetze zuſammen machen das ius romanum, die natürliche Geſetze das ius naturae, die canoniſche das ius canonicum, aus u. ſ. w. In dieſer letzten Bedeutung wird das Wort im folgenden Titel genommen werden.

§. 19. Was iſt Verbindlichkeit und Geſetz?

Ius bedeutet unter andern ein Geſetz. Was iſt alſo das Geſetz?

1) Jeder, wer die menſchliche Handlungen auch nur ganz flüchtig betrachtet, muß bemerken daß ſie ſehr verſchiedene Wirkungen, oder Folgen haben. Einige haben gute Folgen für den Handelnden, andere aber ſchlimme. Einige machen den Handelnden glücklich, ſind ihm vortheilhaft, geben ihm ein wahres dauerhaftes Vergnügen; andere thun das Gegentheil von dieſem allem. Nun hat jeder Menſch den Trieb glückſelig zu ſeyn. Wer alſo wie ein Vernünftiger, nicht wie ein Thor, nicht im Widerſpruch mit ſich ſelbſt leben will, muß die Handlungen thun, welche ihn glücklich machen, diejenige unterlaſſen, welche das Gegentheil bewirken. Dieſes muß, dieſe Nothwendigkeit zu handeln, heiſt eine moraliſche Nothwendigkeit, heiſt Verbindlichkeit.

2) Enunciirt man die Verbindlichkeit, das iſt man ſagt, dieſer Menſch iſt zu dieſer Handlung verbunden, ſo heiſt dieſer Satz ein Geſetz in allgemeiner Bedeutung.

3) Wenn ein Menſch mir vorgeſetzt iſt, der das Recht hat meine Handlungen zu dirigiren, mir vorzuſchreiben was ich thun und laſſen ſoll, ſo heiſt er mein Oberherr, *ſuperior*, ich ſein Untergebener, *ſubditus*.

4) Ge:

4) Geſezt ein ſolcher Oberherr ſchreibt nun ſeinen Untergebnen etwas vor, welches ſie thun, oder laſſen ſollen, ſie ſind alſo in die moraliſche Nothwendigkeit geſezt, es zu thun oder zu unterlaſſen. Jezt iſt ein Geſez in eigentlicher, engerer oder juriſtiſcher Bedeutung vorhanden.

§. 20. Die Verbindlichkeit iſt entweder vollkommen oder unvollkommen.

Die Verbindlichkeiten ſind von ſehr verſchiedener Natur. Ein Menſch hat Verbindlichkeiten die ſich unmittelbar auf das höchſte Weſen, andre die ſich auf ihn ſelbſt, noch andere die ſich auf ſeinen Nebenmenſchen beziehen. Die lezten ſind von zweyerley Art: Wenn ich meinem Mitmenſchen zu etwas verbunden bin, ſo hat er entweder das Recht mich mit Gewalt zur Erfüllung meiner Schuldigkeit zu zwingen, oder nicht. In jenem Fall iſt eine vollkommene Verbindlichkeit, Zwangspflicht, *obligatio perfecta*, im lezten eine unvollkommene, eine Liebespflicht, *obligatio imperfecta* vorhanden. Z. E. die Verbindlichkeiten andre nicht zu beſtehlen, zu verwunden, zu tödten, ſeine Verträge zu halten ſind vollkommne, hingegen die Verbindlichkeit einem Armen Almoſen zu geben, einem Verirrten den Weg zu zeigen, iſt unvollkommen. Ein Geſez, welches eine vollkommne Verbindlichkeit ausdrückt, heiſt daher auch *lex perfecta*, das welches nur eine unvollkommene enunciirt, *imperfecta*.

§. 21. Was iſt eine Befugniß, und wie vielerley?

Das Wort ius bedeutet auch eine Befugniß, ein moraliſches Vermögen. Nemlich Vermögen *(facultas)* iſt die Möglichkeit was zu thun. Dieſe Möglichkeit bezieht ſich entweder auf meine Leibes- und Seelenkräfte, oder auf die moraliſche Geſeze. Wenn mir meine Kräfte erlauben etwas zu thun, ſo beſitze ich phyſiſches Vermögen, (facultatem phyſicam); verſtatten es aber die moraliſche Geſeze, die Geſeze, welche den freyen Handlungen vorgeſchrieben ſind, ſo habe ich das moraliſche Vermögen, (facultatem moralem). Z. E. zum Diebſtahl, Raub, Todtſchlag kann ich phyſiſches Vermögen haben, aber das moraliſche fehlt mir. Hingegen zur Ausübung der hohen Jagd kann ich moraliſches Vermögen, Befugniß haben, und das phyſiſche Vermögen iſt nicht da, weil es an groſſem Wilde fehlt.

So wie die Verbindlichkeit und das Geſez in vollkommne und unvollkommne eingetheilt werden, ſo iſt auch das ius entweder *perfectum* oder *imperfectum*. Perfectum heiſt das, welches mit der Befugniß den andern zu zwingen verbunden iſt, imperfectum, bey welchem dieſe Befugniß fehlt. So hat jeder Menſch ein ius perfectum gegen andre, daß ſie ihn nicht beſtehlen, verwunden, tödten, denn er darf ſie mit Gewalt davon abhalten. Ein jeder hat ein ius perfectum auf das, was ihm ein anderer durch Verträge verſprochen

ſprochen hat, denn er darf ihn dazu zwingen. Hingegen der Arme hat nur ein unvollkommnes Recht auf die Almoſen, der Verirrte nur ein unvollkommnes Recht, von mir die Anweiſung des Weges zu fordern, weil keiner mich dazu zwingen kann.

§. 22. Was die Rechtsgelehrſamkeit iſt.

Ius bedeutet weiter die **Jurisprudenz** oder **Rechtswiſſenſchaft, Rechtsgelehrſamkeit.** Von dieſer werden zwey Erklärungen in dieſem Abſchnitt gegeben, eine legaliſche, und eine neue beſſere. Die legaliſche Definition heiſt: iurisprudentia eſt rerum divinarum et humanarum notitia, iuſti iniuſtique ſcientia. Man erklärt dieſe Definition auf gar verſchiedene Art; die richtigſte Erklärung iſt wohl folgende. Ein römiſcher Juriſt mußte das *ius feciale*, *pontificium* und *augurale* verſtehen, dieſe ſind *iura divina*, **geiſtliche Rechte.** Er mußte auch das ius civile wiſſen, welches ein ius humanum **weltliches Recht** iſt. Daher ſagen die römiſchen Juriſten die Rechtswiſſenſchaft ſey eine Notiz **göttlicher und menſchlicher Dinge.** Die **Fecialen** waren zwanzig Prieſter, beſtellt, fremden Nationen den Krieg anzukündigen, Friedensſchlüſſe und Bündniſſe feyerlich zu beſtätigen, die Gerechtigkeit eines anzufangenden Kriegs, wenigſtens zum Schein zu unterſuchen und dgl. Die Pontifices aber waren Aufſeher über den Gottesdienſt, Superintendenten und Conſiſtorialräthe nach unſrer Art zu reden. Sie machten Verordnungen über geiſtliche Gegenſtände, geiſtliche Sachen, und geiſtliche Perſonen; veranſtalteten Feyertäge, beſorgten das Calenderweſen u. ſ. w. *Augures* endlich waren Perſonen, welche aus dem Flug der Vögel und den Luftphänomenen zukünftige Dinge weiſſagten.

Deutlicher und richtiger definiret man die Jurisprudenz, wenn man ſagt: ſie ſey **eine Wiſſenſchaft der Geſetze, verbunden mit der Fertigkeit ſie auf vorkommende Fälle anzuwenden.** Zwey Stücke gehören alſo zu einem vollkommenen Juriſten: 1) Wiſſenſchaft der Geſetze, 2) Fertigkeit ſie anzuwenden. Jenes heiſt die **Theorie** oder der **theoretiſche Theil** der **Jurisprudenz.** In der Anwendung der Geſetze aber beſteht die **Praxis** oder **der practiſche Theil** der Rechtswiſſenſchaft.

(1) *Huber* Evnom. Lib. 1. pag. 19. Ev. *Otto* ad §. 1. I. h. t. *Aug. Fridr. Schott* diſſ. ad tit. Pand. de iuſtit. et iure §. 2.

§. 23. Unterſchied des Rechtsgelehrten vom Legulejus, Rabuliſten und Empiriker.

Ein Juriſt ſoll die Geſetze wiſſen, er ſoll ſie alſo nicht blos auswendig herſagen können, ſondern ihren Sinn, ihren Geiſt, ihre Urſachen verſtehen. Wer blos die Worte weiß, ohne gründliche Kenntniß der Geſetze, heiſt *leguleius*. Wer die Geſetze aus Bosheit oder aus Unwiſſenheit unrichtig anwendet,

det, heiſt ein **Rabuliſt**, und wer ſich durch praktiſche Uebungen, als Advokat, Beamter, u. ſ. w. nach und nach einige Kenntniß von den Geſetzen erworben hat, aber keine gründliche Theorie beſitzt, wird ein **Empiriker** genennt.

§. 24. Von der Erklärung der Geſetze.

Wer eine Wiſſenſchaft der Geſetze haben will, muß auch die dunkle Geſetze zu erklären im Stande ſeyn. Denn ſo lange mir ein Geſetz dunkel iſt, habe ich keine Wiſſenſchaft, keine gründliche Kenntniß deſſelben. Dieſes giebt uns Gelegenheit, die Lehre von der **Interpretation** der Geſetze kürzlich zu betrachten. Sie iſt von mancherley Art. 1) Wird ſie in die **theoretiſche** und **practiſche** eingetheilt. Jene geſchieht blos zu dem Ende um allgemeine Wahrheiten herauszubringen, von einem Rechtsgelehrten, welcher die Jurisprudenz mündlich oder ſchriftlich vorträgt. Dieſe aber geſchieht in Streitfällen um zu beſtimmen, wer von den ſtreitenden Theilen Recht oder Unrecht habe; von Advokaten, Richtern, oder Juriſten, welche ein rechtliches Gutachten ertheilen.

2) Die Interpretation iſt entweder eine **authentiſche** oder **doctrinale**. Wenn der Landesherr, welcher befugt iſt, neue Geſetze zu machen, ein von ihm oder ſeinen Vorfahren gegebenes Geſetz erklärt, ſo heiſt ſeine Erklärung eine authentiſche; jede Interpretation hingegen, welche ein anderer macht, heiſt eine doctrinale. Zuweilen wird eine von Richtern, Partheyen, Anwälden, Rechtsgelehrten gemachte Erklärung im ganzen Staate oder einzelnen Diſtricten angenommen, daß man ſich danach richtet, und nicht mehr davon abgeht. Jetzt heiſt ſie eine **Uſualerklärung**, *interpretatio uſualis*. Wenn z. E. die Halsgerichtsordnung Carls V. art. 160. ſagt: So aber der Diebſtahl groß und fünf Gülden oder drüber werth wäre ꝛc. ſo erklärt der Gerichtsbrauch das Wort Gülden durch Ducaten. Dieſe Erklärung iſt alſo eine uſualis interpretatio.

Man theilt 3) die Erklärung in die **grammatiſche** und **logiſche** ein. Die grammatiſche beſchäftigt ſich blos mit den Worten des Geſetzes. Wenn in dem Geſetz unverſtändliche Worte vorkommen, ſo giebt ſie deren Bedeutung an; wenn die Worte durch die Abſchreiber verdorben worden ſind, ſo verbeſſert ſie ſolche; ſetzt das ausgelaſſene zu, ſtreicht unächte Zuſätze weg, ändert das unrichtige ꝛc. Man nennt die Wiſſenſchaft, die ſich mit der grammatiſchen Auslegung der Geſetze beſchäfftiget, die **juriſtiſche Critik**, und den Theil der Jurisprudenz, der ſich mit der Erklärung der römiſchen Geſetze abgiebt, römiſche Geſchichte und Alterthümer, lateiniſche und griechiſche Sprache zu dieſem Endzweck zu Hülfe nimmt, die **elegante Jurisprudenz**.

§ 25. Die logiſche Erklärung iſt dreyerley.

Die logiſche Erklärung beſtimmt den Sinn des Geſetzes, vermittelſt ſeines Beweggrundes. Man unterſucht den Beweggrund des Geſetzes, und daraus beſtimmt man deſſen Ausdehnung, ob es auf einen gewiſſen Fall paſſe oder nicht paſſe. Wenn man nemlich den Grund des Geſetzes erforſcht hat: ſo findet man zuweilen 1) daß dieſer ſich weiter erſtreckt als die Worte, daß der Geſetzgeber allgemeiner hätte reden ſollen, als er gethan hat. Man dehnt daher das Geſetz aus; behauptet daß es auf dieſen Fall paſſe, weil ſeine Raiſon darauf paſſet, obgleich der Fall in den Worten nicht begriffen iſt, und dieſes iſt die ausdehnende Erklärung, *interpretatio extenſiva.* Z. E. Juſtinian erlaubt in der 115 Novelle einem Vater ſeine Kinder zu enterben, wenn ſie ihm Realinjurien zugefügt haben. Der Grund iſt die grobe Pflichtvergeſſenheit der Kinder, welche Strafe verdient. Dieſer Grund paßt auch auf den Fall, wenn ein Kind ſeinen Vater vorſetzlich verwundet. Hier iſt eine noch gröſſere Pflichtvergeſſenheit. Man wendet daher das Geſetz auch auf dieſen Fall an; man dehnt es auf dieſen Fall aus, obgleich die Worte nicht darauf paſſen; man erklärt es extenſiue. Der Grund dieſer Auslegung iſt die Regel: **Wo die Raiſon des Geſetzes ſtatt findet, da hat auch deſſen Verordnung ſtatt,** (ubi eadem ratio, ibi eadem diſpoſitio legis.)

Hingegen findet ſichs auch 2) oft, daß die Worte des Geſetzes ſich weiter erſtrecken als deſſen Raiſon; daß ſich der Geſetzgeber zu allgemein ausgedrückt hat, daß alſo das Geſetz billig eingeſchränkt werden muß. Schränkt man es in dieſem Falle ein, ſo ſagt man, es ſey reſtrictiue erklärt. Z. E. der 125. Art. der Halsgerichtsordnung ſagt: **Die boshaftige Brenner ſollen mit dem Feuer vom Leben zum Tod gerichtet werden.** Der Grund dieſer harten Strafe iſt, weil ein ſolcher Brenner ein ganzes Dorf, eine ganze Stadt in die Gefahr abzubrennen, und ſo viele Menſchen in den Fall ſetzt, Leben und Vermögen zu verlieren. Dieſer Grund fällt weg, wenn jemand ein einſam auf dem Felde ſtehendes Haus anzündet. Man wendet daher das Geſetz auf dieſen nicht an, ſchränkt es ſo weit ein, als deſſen Raiſon es erfordert, erklärt es reſtrictiue. Sie gründet ſich auf die Regel: **Wo die Raiſon des Geſetzes wegfällt, da fällt auch das Geſetz weg,** (ceſſante ratione legis, ceſſat lex ipſa.)

Endlich findet man zuweilen 3) im Grunde des Geſetzes weder Urſache es einzuſchränken, noch es auszudehnen. Man bleibt alſo gerade bey den Worten ſtehen. Viele z. E. wollen die Ehegeſetze 3. Buch Moſ. 18. auf mehr Perſonen ausdehnen, als dort ausdrücklich genennt ſind; andere haben ſie auf den unehlichen Beyſchlaf einſchränken wollen. Beydes geſchieht ohne Grund. Man ſage alſo: dieſe Geſetze gehen auf alle Arten des Beyſchlafs, aber nur

auf

auf die ausdrücklich benennte Perſonen; man erkläre dieſe Geſetze declaratiue. Die L. 6. §. 4. D. de bonis quae lib. welche den Kindern eine ſtillſchweigende Hypothek auf die Güter von mütterlicher Herkunft giebt, wird von einigen zu ſehr, nemlich auf die mütterliche Brautgabe eingeſchränkt; von andern zu weit, auf alle *aduentitia* nemlich, ausgedehnt, da ſie doch declaratiue hätte erklärt werden ſollen. Die juriſtiſche Auslegungskunſt hat niemand beſſer abgehandelt, als Chriſt. Henr. Eckhard in hermenevtica iuris. len. 1750. 8. davon eine neue Ausgabe mit Carl Friedr. Walchs Anmerkungen zu Leipzig im Jahr 1779. 8. herausgekommen iſt.

§. 26. Von der Anwendung des Geſetzes.

Die Anwendung des Geſetzes geſchieht auf mancherley Art. Man wendet entweder ein Geſetz auf vergangene, oder auf künftige Geſchäfte an. Auf künftige geſchieht es *cauendo*, wenn man einen, welcher ein rechtliches Geſchäft vornehmen, einen Contract, ein Teſtament errichten will, unterrichtet, wie er es einzurichten habe, daß es gültig, und ihm vortheilhaft ſey. Man nennt die Regeln, die bey einem zu ſchlieſſenden Geſchäfte zu beobachten ſind, juriſtiſche Cautelen, und den Theil der Rechtswiſſenſchaft, der ſich damit abgiebt, die Cautelar-Jurisprudenz, *iurisprudentiam hevrematicam*. Wann z. E. die Zeugen zu einem Kranken gerufen werden, der ein Teſtament errichten will, ſo iſt es eine Cautel, daß ſie vor dem Teſtamentsactus ſich mit ihm in ein Geſpräch einlaſſen, um zu hören, ob er noch bey Verſtand ſey. Wer einen Pachtcontract ſchließt, thut wohl, wenn er über den Nachlaß des Pachtgeldes wegen Mißwachs und anderer Unglücksfälle ausdrückliche Verabredungen nimmt. Wer einen Verkauf ſchließt, handelt zuweilen klug, wenn er ſich das Eigenthum der verkauften Sache bis zu erhaltenem Kaufgelde vorbehält. Stryk in ſeinen drey Werken: Cautelae contractuum, Cautelae iuramentorum und Cautelae teſtamentorum, und Juſtus Claproth in ſeiner Iurisprudentia hevrematica (Göttingen 1762. und 1773.) ſind in dieſem Fache die vorzüglichſte Schriftſteller.

Wer aber die Geſetze auf eine vergangene Handlung anwendet, der iſt entweder 1) ein Richter, welcher einen Streitfall entſcheiden ſoll; oder 2) ein ſtreitender Theil, der ſein eigenes oder eines andern Recht im Gericht vertheidigt; oder 3) er iſt ein Rechtsgelehrter, den man in zweifelhaften Fällen um Rath fragt. Der erſte wendet die Geſetze *iudicando*, der andere *agendo*, der dritte *reſpondendo* an.

§. 27. Was iſt die Gerechtigkeit.

Die Gerechtigkeit iſt die Uebereinſtimmung der Handlungen mit den Zwangsgeſetzen. Gerecht heiſt alſo der, deſſen Handlungen den Zwangs-

geſetzen gemäß ſind; **ungerecht**, deſſen Handlungen dieſen Zwangsgeſetzen widerſprechen. Ich ſage mit den Zwangsgeſetzen, wer dieſen gemäß handelt, iſt nach dem gemeinen Redebrauch **nicht ungerecht**, ob er gleich die Pflichten gegen Gott, ſich ſelbſt und die Liebespflichten gegen ſeinen Mitmenſchen nicht erfüllt. Alle dieſe Pflichten liegen ganz auſſer dem Gebiete der eigentlichen Gerechtigkeit, der *iuſtitiae forenſis*, wie ſie einige nennen. Es iſt alſo irrig, wenn man mit Grotius (*1) die Juſtiz in expletricem und attributricem eintheilt, und ſagt iuſtitiam expletricem übe der aus, welcher die Zwangspflichten erfüllt, attributricem wer die unvollkommene ausübt. (*2)

Die Juſtiz wird der Zweck des Rechts genennt, das heiſt, der Zweck der Rechtsgelehrſamkeit iſt die Handhabung der Gerechtigkeit; die Beſtimmung des Rechtsgelehrten iſt zu wiſſen, was Recht und Unrecht iſt, und ſeinen Mitbürgern zu ihrem Recht zu verhelfen. Daher nennen ſich die Rechtsgelehrte **Prieſter der Gerechtigkeit, Prieſter der Themis**, als der Gerechtigkeit Schutzgöttin; daher kommt es auch ohne Zweifel, daß der erſte Titel ſowohl in den Inſtitutionen als Pandecten de iuſtitia et iure handelt. Denn man hielt es für nöthig, den Schüler der Rechtsgelehrſamkeit vor allen Dingen vom allgemeinen Zweck ſeiner Wiſſenſchaft zu unterrichten.

Die alte Juriſten nennten ſich übrigens, wie unſer Autor glaubt, aus dem Grunde Prieſter der Gerechtigkeit, weil ſich die Stoiſche Philoſophen **Prieſter der Tugend** nennten, und die Rechtsgelehrten ſich gröſtentheils zur Stoiſchen Secte bekannten. Von Cujacius Zeiten an war dieſes die herrſchende Meynung, die alte römiſche Rechtsgelehrte ſeyen Stoiker geweſen, in unſerm römiſchen Geſetzbuche kämen daher viele Spuren von Stoiſchen Grundſätzen vor. Gravina (*3) und Eckhard (*4) haben dieſe angebliche Stoiciſmen vollſtändig geſammelt. Aber Paganinus Gaudentius, (*5) Maſcov in ſeinen Noten zu Gravina, (*6) Bach (*7) und Püttmann (*8) haben dieſe Meynung mit Recht beſtritten. Hier und da möchte wohl ein Satz der römiſchen Rechtsgelehrten ſeinen Grund in der Stoiſchen Philoſophie haben. Aber dieſer Stoiciſmen ſind bey weitem ſo viele nicht, als man ſich vormals eingebildet hat, und von vielen alten Juriſten wird es zwar behauptet, aber von wenigen erwieſen, daß ſie Stoiker geweſen ſeyen.

(1) *Hugo Grot.* de iure bell. et pac. lib. 1. cap. 1. §. 8.
(2) *Henr. Coccеii* ad *Grot.* l. c.
(3) *Gravina* de ortu et progreſſu iuris civil. lib. 1. c. 44.
(4) *Eckhard* Hermenevt. iuris. lib. 1. c. 4.
(5) *Gaudentius* de philoſophia apud romanos. c. 43.
(6) *Gravina* l. c. ex edit. Maſcov. p. 45. ſeqq.
(7) Bach in der unpartheyiſchen Critik über juriſtiſche Schriften. 2 Th. 15. u. f. f. Seite.

(8) *Püttmann* probabil. lib. 1. cap. 21. pag. 147. Ganz neuerlich hat auch *Philippus Caulinus* in progymnaſm. de veterum Ictorum philoſophia ad l. 10. §. 2. de iuſt. et iur. cap. 3. (Neapol. 1779.) weitläuftig dagegen geſchrieben.

§. 28. Fortſetzung.

Weil die Handlungen des Menſchen von gedoppelter Art ſind, äuſſere und innere, ſo giebt es eine zweyfache Gerechtigkeit, die äuſſerliche und innerliche. Aeuſſerliche Handlungen nemlich heißen, welche in die Sinne fallen, geſehen, gehört u. ſ. w. werden; innerliche, die blos in unſrer Seele vorgehen, Gedanken, Empfindungen. Wenn meine äuſſerliche Handlungen den Geſetzen gemäs ſind, ſo bin ich äuſſerlich gerecht; wenn aber meine innere Handlungen, die Gedanken und Neigungen meiner Seele mit den Geſetzen übereinſtimmen, ſo habe ich die innerliche Gerechtigkeit. Man ſieht leicht, daß jemand äuſſerlich gerecht seyn kann, aus Furcht vor der Strafe, deſſen innere Geſinnungen nichts weniger als den Geſetzen gemäs ſind. Die alten Juriſten erklären die Gerechtigkeit, daß ſie eine conſtans ac perpetua voluntas ſey, ius ſuum cuique tribuendi. Man hat gegen dieſe legaliſche Definition (*1) mit Grund eingewendet, daß ſie unrichtig, und den Juriſten unbrauchbar ſey (*2). Sie iſt keine Definition der Juſtiz überhaupt, ſondern nur einer Gattung derſelben und zwar gerade derjenigen Gattung, die der Zweck des Juriſten nicht iſt. Wer nemlich den feſten und beſtändigen Willen hat, jedem das ſeinige zu leiſten, der übt nicht blos die äuſſere, ſondern auch die innere Gerechtigkeit aus. Der Zweck des Juriſten aber iſt allein die Handhabung der äuſſerlichen Juſtiz; um die Geſinnungen und Neigungen des Herzens bekümmert er ſich nicht. dieſe überläßt er dem Moraliſten und Theologen. Niemand wird wegen eines bloſen ungerechten Gedankens, wegen einer unerlaubten Neigung in menſchlichen Gerichten beſtraft, wenn dieſer Gedanke, dieſe Neigung gar nicht in äuſſerliche Handlungen ausgebrochen iſt.

(1) Legaliſche Definitionen heißen die, welche in unſerm römiſchen Geſetzbuche, nemlich im Text der Inſtitutionen oder Pandecten enthalten ſind.

(2) Man ſehe *Gebauer* diſſ. de iuſtitia et iure. §. 4.

§. 29. Von den drey praeceptis iuris.

Alle Geſetze laſſen ſich nach der Meynung der alten Juriſten auf drey allgemeine Regeln reduciren, die man die drey praecepta iuris nennt. Sie ſind *honeſte vive*, beobachte die Pflichten gegen Gott, gegen dich, und die Liebespflichten gegen andre; *neminem laede*, entziehe andern nichts von dem, was ſie beſitzen; *ſuum cuique tribue*, gieb und thue auch jedem das, was du ihm zu geben oder zu thun vollkommen verbunden biſt.

Tit. II.

De iure naturae, gentium et ciuili.

§. 30. Eintheilungen des Rechts nach römiſchen Begriffen.

Die römiſche Juriſten theilen das Recht auf folgende Weiſe ein. Sie ſagen: ius vel *publicum* eſt vel *priuatum*; priuatum aut *naturale*, aut *gentium*, aut *ciuile.* Ius *publicum* definiren ſie, quod ad ſtatum publicum ſpectat, das die Staatsverfaſſung betrifft; *priuatum*, quod ad ſingulorum utilitatem, das nur auf den Vortheil der einzelen Bürger abzweckt. *Ius naturae* iſt ihnen ein ius, quod natura omnia animalia docuit, die natürliche Triebe, welche der Menſch mit den Thieren gemein hat. Daher ſagen ſie, die Ehe und Erziehung der Kinder ſey im Naturrecht gegründet, weil die vernunftloſe Thiere auch ihr Geſchlecht fortpflanzen, und ihre Jungen erziehen. Ius gentium nennen ſie die Geſetze, die nicht etwa bey einer Nation allein, ſondern bey allen geſitteten Völkern gelten. Sie rechnen dahin die Geſetze: ehre die Götter, liebe die Eltern, gegen einen ungerechten Angriff iſt Vertheidigung erlaubt. Im Völkerrecht, ſagen ſie ferner, gründen ſich die Sklaverey, die Manumiſſionen, das Eigenthum, die Verträge, die Staaten. Endlich ius *ciuile* heiſt bey den römiſchen Juriſten das Recht, welches in einem einzelen Staate gilt, was wir **poſitives, willkührliches** Recht nennen.

§. 31. Nach heutigen.

Heutiges Tages theilt man das Recht anders ein, (ſ. die 4. Tabelle) und unſere Eintheilungen ſind den logiſchen Regeln einer guten Eintheilung gemäſſer, als die römiſche. Man kann nemlich Rückſicht nehmen 1) auf den **Grund und Urſprung** des Rechtes, 2) auf deſſen **Gegenſtand**, 3) auf die verſchiedene **Promulgationsart**. Sieht man auf den Urſprung und Grund des Rechts, ſo iſt es entweder **Natur**- oder **Poſitivrecht**. Naturrecht heiſt das, welches aus der Natur der Dinge hergeleitet wird. Man formirt ſich einen Begriff vom Menſchen, von einem Vertrage, Eigenthum, Kriege, Staat, Volk ꝛc. Aus dieſem Begriff ſchlieſt man, was der Menſch für Rechte und Verbindlichkeiten habe, was bey den Verträgen, dem Eigenthum u. ſ. w. Rechtens ſey. Dieſes giebt das Naturrecht. **Poſitives** oder **willkührliches Recht** aber iſt, was ſich auf den Willen eines Geſetzgebers gründet, und in der Natur der Dinge keinen Grund hat. Dahin gehört das Geſetz; daß die Ehe die prieſterliche Trauung erfordert, daß ſie auf Lebenslang eingegangen werden muß, daß ſie nicht mit beyderſeitiger Einwilligung aufgehoben werden, daß eine Weibsperſon ſich nicht gültig verbürgen kann. Dieſes alles ſind poſitive, keine natürliche Geſetze.

Das Naturrecht iſt entweder in eigentlichem Verſtande Naturrecht, oder Völkerrecht. Wenn man ſich nemlich zwey freye Völker denkt, und aus dem Begriff eines Volks ſchlieſt, was eine Nation gegen die andern für Rechte und Verbindlichkeiten habe: ſo erhält man das Völkerrecht. Betrachtet man aber den einzelnen Menſchen, oder Menſchen in Geſellſchaften, und unterſucht, was ihnen für natürliche Rechte und Verbindlichkeiten zukommen: ſo bekommt man das eigentliche Naturrecht.

Was iſt aber ius ciuile? Dies Wort hat mancherley Bedeutungen. Es bezeichnet 1) oftmals jedes Poſitivrecht; oft auch 2) das römiſche Recht. Dann weil man dieſes als das vorzüglichſte Poſitivrecht anſah, ſo nennte man es ſchlechtweg das bürgerliche Recht, ſo wie man Rom, als die vornehmſte Stadt, ſchlechtweg die Stadt nannte. Zuweilen aber bedeutet es 3) dasjenige römiſche Recht, welches nicht aus den Edicten der Prätoren (§. 51.) entſtanden iſt. Die Römer diſtinguiren nemlich ſehr oft zwiſchen ius ciuile und praetorium. Nicht ſelten bedeutet 4) ius ciuile das weltliche Recht und wird dem canoniſchen entgegengeſetzt, man ſagt z. E. doctor iuris ciuilis et canonici. Zuweilen iſt 5) ius ciuile das Recht, welches von erlaubten Handlungen und nicht von Verbrechen handelt, im Gegenſatz gegen das peinliche Recht; und endlich 6) wird das Recht, welches aus den Gutachten der Rechtsgelehrten entſtanden war, bey den Römern ius ciuile genannt. Man ſehe unten §. 36.

§. 32. Eintheilung des Poſitivrechtes.

Das Poſitivrecht iſt entweder göttlich, oder menſchlich. Das göttliche gründet ſich in dem Willen Gottes, und iſt in der Bibel enthalten; das menſchliche in dem Gutdünken eines menſchlichen Geſetzgebers. Das göttliche wird in das allgemeine und beſondere eingetheilt. Beſonderes heiſt das, was den Juden gegeben iſt, und nur dieſe verbindet; allgemeines aber, was alle Menſchen verpflichtet. Man rechnet dahin das Gebot: Wer Menſchenblut vergieſt, deſſen Blut ſoll wieder durch Menſchen vergoſſen werden; du ſollſt den Sabbath heiligen; die Ehegeſetze 3. Buch Moſ. 18. und 20. das Geſetz, daß der Mann des Weibes Herr ſeyn ſolle u. ſ. w. Ob es aber ein ſolches allgemeines willkührliches göttliches Geſetz gebe, iſt eine Frage, die in vorigen Zeiten viel Streit veranlaßt hat. Daß es göttliche Geſetze gebe, wird nicht beſtritten; daß auch darunter willkührliche ſind, iſt auſſer Zweifel, z. E. das Geſetz der Beſchneidung. Ob es aber göttliche, willkührliche, allgemeine Geſetze gebe, das heiſt göttliche willkührliche Geſetze, die alle Menſchen zu allen Zeiten verpflichten, iſt beſtritten, und heutiges Tages glaubt wohl niemand mehr an deren Wirklichkeit. Wer ſich von dem ganzen,

jezt nicht mehr intereſſanten Streit näher unterrichten will, darf nur Hanneſens und Meiſters Schriften (* 1) von dieſer Materie nachſchlagen.

(1) *Ioh. Andr. Hanneſen* de non exiſtentia legum diuinarum poſitiuarum vniuerſalium. Goett. 1744. 8. in opuſculis pag. 57. ſeqq. *Chriſt. Fridr. Georg. Meiſter* diſſ. num ius diuinum detur poſitiuum vniuerſale. Goett. 1742. in eiusd. Exercit. iurid. var. arg. Faſcic. I. pag. 25. ſeqq.

§. 33. Vom Staats- und Privatrechte.

Dem Gegenſtande nach iſt das Recht entweder **Staats- oder Privatrecht.** Das **Staatsrecht** lehret die Rechte und Verbindlichkeiten die ein Landesregent als Regent hat. Alſo nicht alle Rechte und Verbindlichkeiten des Regenten gehören dahin; nicht die, ſo er als Menſch, oder als Bürger hat; ſondern nur diejenige, welche ihm als **Landesherrn** zukommen. Wenn ein Regent z. E. einen Miethcontract, Tauſch, Kauf ſchlieſt: ſo iſt er verbunden, ihn zu halten, und hat auch das Recht deſſen Feſthaltung zu verlangen. Aber jene Verbindlichkeit und dieſes Recht gehören nicht in das Staatsrecht; denn ſie ſtehen jedem Menſchen und jedem Bürger eben ſowohl als dem Regenten zu, wenn ſie einen ſolchen Contract eingehen. Hingegen die Verbindlichkeit, den Bürger bey ſeinem Eigenthum zu ſchützen, Geſetze zu geben und zu vollſtrecken, das Recht Abgaben zu fordern, vom Unterthan Gehorſam zu verlangen, zu ſtrafen, Krieg zu führen ꝛc. ſind Verbindlichkeiten und Rechte, welche der Landesherr als **Landesherr** hat. Sie ſind alſo ein Gegenſtand des Staatsrechtes.

Das **Privatrecht** enthält die Rechte und Verbindlichkeiten, welche jeder Bürger als **Bürger**, er ſey Regent oder Unterthan, im Staate hat; oder die Rechte und Verbindlichkeiten, die nicht in der bürgerlichen Unterwürfigkeit (ſubiectione ciuili) ihren Grund haben. Dergleichen ſind die vorhin angeführte Rechte und Verbindlichkeiten, die aus Kauf- Tauſch- Miethcontracten, und dergleichen entſtehen.

Anmerkung. In den angeführten Geſetzen heiſt es, das **Staats- und Privatrecht** machten die beiden *poſitiones iuris*, das heiſt **die beyde Gattungen des Rechts** aus. Ob dieſes übrigens aus der ſtoiſchen Terminologie hergenommen iſt, wie unſer Autor glaubt, iſt eine Frage, die ich weder entſcheiden kann, noch mag.

§. 34. Vom geſchriebenen, und nicht geſchriebenen Rechte.

Die verſchiedene Weiſe, wie ein Recht verbindliche Kraft erhält, giebt eine dritte Eintheilung des Rechts. Nemlich ein Recht iſt entweder **ausdrücklich** vom Geſetzgeber promulgirt, oder es iſt eine Gewohnheit, die vom Geſetzgeber nur **ſtillſchweigends** oder nur **allgemein** gebilliget worden iſt. Jenes heiſt

heiſt ius ſcriptum, dieſes non ſcriptum. Unten §. 53. wird dieſe Eintheilung weit vollſtändiger erklärt werden.

Anmerkung. Die Juriſten, auch ſchon die alte Römiſche (* [1]), nehmen alſo die Worte: geſchriebenes und nicht geſchriebenes Recht, anders als ſie der gemeine Redegebrauch nimmt. In der gemeinen Sprache heiſt geſchriebenes Recht, was mit Buchſtaben aufgezeichnet iſt. Nach dem juriſtiſchen Redegebrauch aber kann ein Geſetz geſchrieben heiſen, das nie ſchriftlich verfaßt war, und ein anderes nicht geſchrieben, wann es gleich ſchriftlich aufgezeichnet iſt. Wann nemlich ein Landesherr einen Befehl nicht aufzeichnen, ſondern nur mündlich verkündigen läßt, ſo heiſt er bey den Rechtsgelehrten ius ſcriptum; und wann eine rechtliche Gewohnheit gleich von einem Privatſchriftſteller aufgezeichnet wird, ſo heiſt ſie dennoch ius non ſcriptum. Der Sachſen- und Schwabenſpiegel z. E. enthalten Gewohnheitsrechte, alſo ein ius non ſcriptum in juriſtiſcher, ein ſcriptum in gemeiner Bedeutung. Hingegen hatten die älteſte deutſche Völker zwar vermuthlich promulgirte, alſo geſchriebene Geſetze im juriſtiſchen Sinn; aber da ſie nicht ſchreiben konnten, ſo waren auch ihre Geſetze nicht ſchriftlich aufgezeichnet, nicht ius ſcriptum nach dem gemeinen Sprachgebrauch.

(1) Anderer Meynung ſind zwar *Gebauer* ord. inſtit. h. t. §. 7. ſqq. und *Sturm* diſſ. de diſtinctione iuris ſcripti et non ſcripti antiquitati reſtituta (Ien. 1725.) §. 6. et 14. Allein man ſiehe §. 9. I. h. t. und L 32. D. de leg.

§. 35. Gattungen des geſchriebenen, und nicht geſchriebenen Rechtes.

Das ius ſcriptum hat im römiſchen Staate vier Gattungen, eben ſo viele das ius non ſcriptum. Die Gattungen des geſchriebenen Rechtes ſind 1) leges centuriatae; 2) plebiſcita; 3) ſenatus conſulta; 4) principum placita. Die Gattungen des nicht geſchriebenen ſind 1) edicta magiſtratuum; 2) reſponſa iurisconſultorum; 2) diſputatio fori; 4) mores maiorum. Das Recht, welches aus den Gutachten der Rechtsgelehrten entſtand, hieß ius ciuile (§. 31.) im engſten Verſtande; weil nemlich, wie das angeführte Geſetz ſagt, die übrige Gattungen des römiſchen Rechts ihre eigene Namen hatten, und jenes Recht nicht, ſo benennte man es nur mit dem allgemeinen Namen ius ciuile.

Anmerkung. Wir rechnen die edicta magiſtratuum und reſponſa prudentum zu dem ungeſchriebenen Rechte; Juſtinian zählt ſie im §. 3. h. t. zu dem geſchriebenen. Er ſagt: ſcriptum ius eſt lex, plebiſcitum, ſenatusconſultum, principum placita, *magiſtratuum edicta*, *reſponſa prudentum*. Iſt dieſes nicht ein Widerſpruch? Nein. Die edicta und reſponſa können in gewiſſer Rückſicht zum geſchriebenen Recht gezählt werden, und in anderer zum ungeſchriebenen. Nemlich urſprünglich waren dieſe beyde

Rechtsgattungen ein ius non ſcriptum, ein Gewohnheitsrecht, das nicht ausdrücklich publicirt war. In den neuern Zeiten wurden ſie zu einem geſchriebenen Recht gemacht. Die Edicte der Magiſtratsperſonen erhielten blos durch die Obſervanz ein geſetzliches Anſehen, waren alſo ius non ſcriptum. Als aber Kayſer Hadrian das edictum perpetuum machen, und darin die edicta magiſtratuum ſammeln ließ, dieſes Werk auch förmlich promulgirte: da wurden die Edicte ein geſchriebenes Recht. Eben ſo waren auch die Gutachten der Rechtsgelehrten Anfangs nur ein ungeſchriebenes, ein Gewohnheitsrecht. Juſtinian aber ließ die Schriften der Rechtsgelehrten excerpiren, aus dieſen Excerpten die Pandecten machen, und dieſe als ein Geſetzbuch publiciren; (§. 6.) dadurch bekamen die Lehrſätze der Rechtsgelehrten das Anſehen eines geſchriebenen Rechts.

§. 36. Von den legibus centuriatis.

Die erſte Gattung des geſchriebenen Rechts iſt alſo *lex centuriata.* Man bemerke 1) das römiſche Volk war in Patricier und plebem eingetheilt. Die Patricier waren ungefähr ſo viel, als unſer Adel, plebs ungefähr, was unſer Bürgerſtand iſt. In den Rechtsalterthümern werden dieſe Begriffe beſtimmter und ausführlicher vorgetragen.

2) Ein Geſetz wurde von einer Magiſtratsperſon in **Vorſchlag gebracht** *(rogabatur lex.)* Der rogator legte es zuerſt dem Senat vor; alsdann wurde es öffentlich ausgehängt (promulgabatur), damit es jeder Bürger leſen konnte. So blieb es per trinundinum, das heißt wenigſtens 17 Tage lang hängen.

3) Nicht jeder Magiſtratus konnte leges centuriatas in Vorſchlag bringen, ſondern nur die drey höchſte, die **Dictatoren**, die **Conſuln** und **Prätoren**. **Dictator** war ein auſſerordentlicher Staatsbedienter, der ernennt wurde, wenn die Gewalt der Conſuln nicht hinlänglich ſchien, dem Staate aus einer dringenden Noth zu helfen; denn die Gewalt der Conſuln war beſchränkt, des Dictators ſeine aber ganz uneingeſchränkt und deſpotiſch. Man wählte ihn hauptſächlich alsdenn, wenn innere Unruhen oder groſſe auswärtige Gefahren vorhanden waren. Dieſer Dictator regierte aber nur höchſtens ſechs Monate lang. Die **Conſuln** waren die höchſte ordentliche Magiſtratsperſonen. Ihrer waren zwey, die ein Jahrlang regierten, das Directorium in allen wichtigen Geſchäften hatten, auch die Armee commandirten. **Prätor** endlich war der Staatsbediente, welcher die **Jurisdiction**, das heißt die Gerichtsbarkeit in Civilſachen ausübte, Stadtrichter, Juſtizpräſident nach modernen Ausdrücken.

4) Wann das Geſetz auf dieſe Weiſe ausgehängt war, ſo wurden *comitia*, das heißt eine Volksverſammlung gehalten. Das Volk votirte, und

billigte

billigte oder verwarf das Geſetz durch die meiſte Stimmen. Weil das römiſche Volk in 6 Claſſen, und jede Claſſe in Centurien eingetheilt war, über leges centuriatas aber meiſtens centurienweiſe votirt wurde; ſo, daß jede Centurie ihr votum gemeinſchaftlich ablegte; ſo bekamen dieſe Geſetze den Namen centuriatae.

5) So lang die Republik frey war, wurden dergleichen Geſetze in Menge gemacht. Auch noch unter Auguſt ſind einige verfertigt worden, z. E. die berühmte leges Iulia und Papia Poppaea, Geſetze, wodurch Auguſt die rechtmäſige Ehen und die Bevölkerung zu befördern ſuchte. Kayſer Tiberius aber nahm dem Volk die geſetzgebende Gewalt, und gab ſie dem Senate; man ſehe den §. 39.

§. 37. Von den Plebiſcitis.

Die zweyte Gattung des geſchriebenen Rechtes ſind die plebiſcita. Zuweilen kamen die Plebejer allein, ohne die Patricier zuſammen, und votirten über neue Geſetze. Eine Verordnung, die in dergleichen Verſammlungen beſtättigt wurde, hieß *plebiſcitum*. Sie iſt alſo von einer lege centuriata darin unterſchieden, 1) brachte ſie ein Tribunus plebis in Vorſchlag; 2) wurde ſie nicht von dem ganzen Volk beſtättigt, ſondern nur von einem Theil deſſelben. Tribuni plebis nemlich waren obrigkeitliche Perſonen, die zum Schutz der Plebejer, um deren Rechte und Freyheiten gegen die Patricier zu vertheidigen, im Jahr 260. erwählt, und nach und nach ſo mächtig wurden, daß ſie faſt den ganzen Staat allein regierten. Weil übrigens die plebiſcita nur von den Plebejern beſtättigt waren, ſo wollten die Patricier ſich ihnen durchaus nicht unterwerfen, und es mußten drey Geſetze, lex Horatia im Jahr 306, lex Publilia im Jahr 416, und lex Hortenſia im Jahr 465. gemacht werden, die den Plebiſciten die Kraft allgemein verbindlicher Geſetze beylegten, ehe die Patricier nachgaben. Unter Auguſts Regierung haben die Plebiſciten aufgehöret.

Anmerkung. In unſerm römiſchen Geſetzbuche kommen viele Geſetze vor, die nichts anders, als plebiſcita ſind, lex Aquilia, Falcidia, Voconia, Cincia, Atilia, Scribonia u. ſ. w. Nicht wenige Schriftſteller, auch Heineccius in ſeiner Rechtsgeſchichte, (* [1]) glauben, die plebiſcita hätte den Namen leges erſt von der Zeit an erhalten, da man ihnen die Autorität allgemeiner Geſetze beygelegt hätte, aber ohne Grund. Bach (* [2]) zeigt, daß ſie dieſen Namen gleich anfangs geführt haben.

(* 1) Lib. 1. §. 42.
(* 2) Hiſt. iurisprud. rom. p. 86.

§. 38. Von den Senatusconſulten.

Um ſich von den ſenatusconſultis den richtigen Begriff zu machen, bemerke man: 1) der Senat war ein collegium von einigen hundert Perſonen, das unter der Direction der Conſuln alle die Staatsgeſchäfte beſorgte, welche das Volk ſich nicht vorbehalten, auch den Magiſtratsperſonen nicht übertragen hatte. Nemlich einige Majeſtätsrechte übte das Volk ſelbſt aus: die geſetzgebende Gewalt, das Recht Krieg und Friede zu beſchlieſſen, und die Beſtellung der obrigkeitlichen Perſonen. Andere hatten die magiſtratus auszuüben. Z. E. die Jurisdiction hatte der Prätor, die Policeyaufſicht hatten die Aedilen, die Schatzung des Volks die Cenſoren. Endlich hatte man auch dem Senat gewiſſe öffentliche Geſchäfte überlaſſen. Die wichtigſten ſind in der Note zum §. bemerkt: Aufſicht über die öffentlichen Caſſen; Geſandſchaften, der Senat ſchickte nemlich Geſandte an fremde Nationen, und gab fremden Geſandten Audienz; Verwaltung der dem römiſchen Volk unterworfenen Provinzen; Beſtrafung ſchwerer öffentlichen Verbrechen auſſer Rom in Italien, dann in Rom hatte der Senat mit dieſem Gegenſtand nichts zu thun; die Triumphe, ein Feldherr mußte dieſe Ehre vom Senat erbitten; Comitien, das ganze Volk durfte ohne Erlaubniß des Senats nicht zuſammen berufen werden; Gerichtsferien, *ſupplicationes* oder Bät- und Danktage, der Senat ſetzte ſie an.

2) Wann nun der Senat über dieſe Gegenſtände eine Verordnung ergehen ließ, ſo hieß ſie *ſenatusconſultum.*

3) Konnte der Senat aber auch wohl Geſetze in Privatſachen z. E. über Contracte, Teſtamente, Vormundſchaften ꝛc. machen? Man unterſcheide die Zeiten. Zu den Zeiten des Freyſtaates war er dazu nicht befugt. Er konnte die vernachläßigte Beobachtung eines ſchon vorhandenen Geſetzes einſchärfen; er konnte auch in Privatſachen Befehle ertheilen, die in einem einzelnen Fall beobachtet werden mußten. Aber neue, allgemeine Geſetze in Privatſachen konnte er, obgleich Bach (* [1]) es behauptet, nicht geben. Dieſes hat am beſten Seger (* [2]) gezeigt. Von den Zeiten des Kayſer Tiberius aber an, hat der Senat dieſes Recht erhalten. Auguſt hatte die Geſetze noch vom Volk in den Comitien machen laſſen. Dem Kayſer Tiberius war dieſes läſtig. Er nahm alſo dem Volk die geſetzgebende Gewalt und gab ſie dem Senate; comitia ex campo in curiam tranſtulit, ſagt Tacitus am a. O. er verlegte gleichſam die Comitien vom Felde des Mars, wo ſie bisher waren gehalten worden, auf das Rathhaus. Doch ſind noch einigemal nachher wirkliche Comitien des Volks gehalten, und darin Geſetze gemacht worden.

(1) Hiſt. iurispr. p. 196.

(2) In

(2) In variis obſerv. iur. civ. Obſ. 3. pag. 12. Lipſ. 1767. Man. ſ. auch *Henne* diſſ. de SCtorum vi et auctoritate §. 4. ſeqq. Erf. 1773. und *Einert* diſſ. varia iuris civ. capita, cap. 3.

§. 39. Fortſetzung.

Wann nun der Kayſer ein Senatusconſult gemacht haben wollte, ſo trug er es dem Senat vor, indem er entweder ſelbſt eine Rede im Senat hielt, oder die Rede durch einen geheimen Secretär (quaeſtorem candidatum) ableſen ließ, oder in einem Schreiben (libello) ſeinen Willen eröffnete. Der Senat votirte alsdenn über den Vorſchlag, aber nur zum Schein; dann niemand wagte es ihn zu verwerfen, und nun wurde der Rathsſchluß durch ein kayſerliches Edict publiciret. Von dieſen Zeiten an iſt eine groſſe Menge von Rathsſchlüſſen, und zwar über Objecte des Privatrechtes gemacht worden; die Rathsſchlüſſe haben nun auch eigene Namen erhalten, das zuvor nicht geſchah. In unſerm corpus iuris kommen SC. Silanianum, Claudianum, Turpillianum, Trebellianum. Pegaſianum, Macedonianum, Velleianum &c. &c. vor.

§. 40. Fortſetzung.

Weil ein Rathsſchluß gewöhnlich durch eine kayſerliche Rede veranlaßt wurde, ſo heiſſen die SCta von dieſer Zeit an auch iura orationibus principum conſtituta. Anſtatt zu ſagen: dieß ſey durch ein Senatusconſult verordnet worden, ſagen die Schriftſteller oft: es ſey durch eine Rede des Kayſers verordnet worden. Lange Zeit ſind dieſe Senatusconſulte üblich geblieben, ſo daß wenn die Kayſer etwas zu verordnen fanden, ſie es durch ein Senatusconſult thaten. Von den Zeiten der Antoninen an aber werden ſie ſeltener. So wie die Kayſerl. Macht wuchs, nahm die Macht des Senates ab. Indeſſen wurden bis auf die Zeiten Conſtantins des Groſſen doch noch immer Rathsſchlüſſe gemacht. Von dieſer Zeit an aber hören die Rathsſchlüſſe über Gegenſtände des Privatrechts völlig auf, und der Senat zu Rom und Conſtantinopel machte nur noch Verordnungen über die Sachen, die in ſein Departement gehörten. Kayſer Leo verordnete endlich in ſeiner 78 Novelle, daß gar keine Senatusconſulte mehr gemacht werden ſollten. (* 1)

(1) Ueber den wahren Sinn dieſer Verordnung ſ. man *Zepernick* de nouellis Leonis p. 269. ſeqq.

§. 41. Von den Kayſerlichen Verordnungen.

Die vierte Gattung des geſchriebenen Rechts ſind die Kayſerliche Verordnungen. Ich habe davon folgendes anzumerken. 1) Rom wurde Anfangs durch Könige regiert. Als der letzte derſelben, Tarquinius, vertrieben war, wurde Rom ein freyer Staat, und behauptete ſeine Freyheit ungefehr

500 Jahre, bis Sylla, Julius Cäſar und Auguſt ſie ihm raubten, und ſich, einer nach dem andern zu Oberherren aufwarfen.

2) Nachdem Auguſt einige Jahre regiert hatte, wurden ihm im Jahr 727 die Majeſtätsrechte vom Volk und Senat förmlich und feyerlich übertragen. Bey den folgenden Kayſern wurden dieſe ſolenne Conceſſionen, ſo oft einer den Thron beſtieg, wiederholt, und erhielten endlich, ungefehr zu Hadrians Zeiten, den Namen *lex regia.* Sie wird auch *lex Imperii*, *lex Auguſti*, *Auguſtum priuilegium* u. d. g. genennt. Alſo lex regia iſt nichts anders, als die Uebertragung der Majeſtätsrechte, die einem Kayſer bey der Thronbeſteigung geſchah; (* [1]) und wenn einige dieſes Geſetz für eine Erdichtung Ulpians (* [2]) oder Juſtinians (* [3]) halten, ſo ſind ſie belachenswerth.

3) Vermöge der legis regiae hatten die Kayſer das Recht Geſetze zu machen. Indeſſen bedienten ſie ſich dieſes Rechtes anfangs ſehr ſparſam und vorſichtig, vielleicht um das Volk nicht gegen ſich aufzubringen. Sie publicirten neue Verordnungen meiſtens als ſenatus conſulta. (§. 40.) Wann ſie auch ſelbſt etwas neues durch Edicte verordneten, ſo lieſſen ſie dieſe oftmals durch ſenatusconſulta beſtättigen.

4) Nachdem ſie aber auf dem Thron feſter ſaſſen; ſo fiengen ſie an, die geſetzgebende Gewalt häufiger und eigenmächtiger auszuüben. Hadrian machte damit den Anfang, und ſeine Succeſſoren folgten ſeinem Beyſpiel. Die Definition der Conſtitutionen im §. wird alſo nun verſtändlich ſeyn: ſunt principum placita, quae, ſi hi volunt, (**blos darum, weil es der Kayſer will,** ohne Einſtimmung des Volks oder Senats, **und in ſo weit, als er es will.**) legis habent vigorem.

(1) *Weſtenberg* Diuus Marcus diſſ. 2.
(2) Wie *Mart. Schock* tr. de quadruplici lege regia Viteb. 1668. 12.
(3) Dieß thut *Grauina* in tr. de imperio romano cap. 27.

§. 42. Eintheilung derſelben.

Dieſe Verordnungen ſind 1) in Rückſicht auf ihren **Zweck**, 2) in Abſicht ihres **Inhalts** von verſchiedener Art. Sieht man auf den **Zweck**, ſo ſind ſie entweder *generales* oder *ſpeciales conſtitutiones.* Generales heiſſen diejenige, wobey der Regent die Abſicht hat, allen Unterthanen eine Verbindlichkeit aufzulegen, eine Vorſchrift zu geben, wonach ſie handeln ſollen; ſpeciales, wenn der Regent dieſen Zweck nicht bey ſeiner Verordnung hat. In Anſehung des Inhalts aber ſind die Kayſerliche Verordnungen fünferley. S. die 5. Tabelle. Sie ſind entweder *edicta*, oder *mandata*, oder *reſcripta*, oder *decreta*, oder *privilegia.* Einige dieſer Verordnungen ſind allezeit **allgemeine**, andere ſind allzeit nur **ſpecielle** Geſetze; noch andere

ſind

ſind bald allgemeine, bald nur ſpecielle Verordnungen. Allgemeine Geſetze waren nemlich ohne Unterſchied die Edicte. Hingegen die Mandate und Privilegien waren immer nur ſpecielle Verordnungen. Endlich die Reſcripte und Decrete hatten zuweilen den Zweck alle Unterthanen zu verpflichten, zuweilen gingen ſie nur auf einen einzelnen Fall und ſollten nur in dieſem beobachtet werden. Dieß alles wird ſich in den folgenden Abſchnitten mehr aufklären.

§. 43. Von den Edicten der Kayſer.

Edicte heiſſen bey den Römern Verordnungen des Kayſers, worin ein neues Recht zum beſten aller Unterthanen im ganzen römiſchen Reiche, oder einer ganzen Provinz, oder einer Stadt feſtgeſetzt und öffentlich promulgirt wird. Schon Auguſt hat ſolche Edicte gemacht; doch ſcheinen ſie damals noch nicht die Autorität allgemeiner Geſetze gehabt zu haben. Erſt nach und nach unter den folgenden Kayſern haben ſie dieß Anſehn erhalten, und ſind dadurch die wichtigſten unter allen kayſerlichen Verordnungen geworden.

Von dieſen Edicten ſind die Mandate zu unterſcheiden. Mandate waren Inſtructionen der kayſerlichen Bedienten. Sowohl die Gouverneurs der Provinzen, als die öffentliche Bedienten in Rom erhielten dergleichen Inſtructionen, worin die Grenzen, Rechte und Pflichten ihres Amts beſtimmt und vorgeſchrieben waren (*1). Sie galten directe nicht als allgemeine Geſetze, ſondern verpflichteten nur den Bedienten, der ſie erhielt. Indeſſen publicirte dieſer doch zuweilen durch Edicte die Stellen ſeines Mandates, welche dem ganzen Publicum zu wiſſen nöthig waren (*2).

Anmerkung. Noch muß ich zweyerley von den Edicten anmerken. 1) Die Edicte heiſſen auch leges edictales perpetuae, leges in perpetuum valiturae, ſacrae leges, auch generales epiſtolae, (*3) auch conſtitutiones in ſtrengem und eigentlichem Verſtande (*4). 2) Viele Juriſten z. E. Hoffmann (*5) ſetzen als einen weſentlichen Character der Edicte feſt, daß ſie aus eigenem Antrieb des Kayſers gegeben worden ſeyen; aber unrichtig, dann die Magiſtratsperſonen, der Senat ꝛc. veranlaßten oft die Edicte.

(1) *Cuiac* ad Nov. 8. et 17. *Jac. Gothofr.* ad L. un. C. Theod. de mandat. Princ. *Briſſonius* de formul. pag. 311. edit. *Bach.*
(2) *Plin.* Epiſt. X. 97. *Bach.* ad Briſſon. de formul. pag. 313.
(3) Man ſ. *Bach.* hiſt. iurisprud. pag. 451. §. 3.
(4) *Noodt.* Dioclet. et Maxim. cap. 2.
(5) Hiſtor. iuris rom. p. 399.

§. 44. Von Reſcripten.

Reſcripte heiſſen Verordnungen, worin der Kayſer eine an ihn ergangene Anfrage oder Bitte beantwortet. Sie ſind von dreyerley Art. Wann ſie

auf

auf die Supplik einer Privatperſon (ἀξιωσεις partium, wie der Autor ſagt,) ergehen: ſo heiſſen ſie *adnotationes* oder *ſubnotationes*, weil ſie mit wenig Worten auf die Supplike notirt wurden. Ergiengen ſie aber an eine Magiſtratsperſon, ſo hieſſen ſie *epiſtolae*; denn ſie waren in Form eines Schreibens abgefaßt. Wann endlich ein ganzes Collegium (oder ſchola, wie es die römiſchen Juriſten oft nennen) ein corpus, ein Senat, eine Stadt, Provinz in einer öffentlichen Angelegenheit Vorſtellung that, und ein kayſerliches Reſcript erhielt: ſo hieß dieß *ſanctio pragmatica* (*1).

(1) *Iuſt. Henn. Boehmer* diſſ. de ſanctionum pragmaticar. indole et auctoritate, in Exerc. ad Pand. Tom. 1. p. 398. ſeqq.

§. 45. Anmerkungen über die Reſcripte.

Die kayſerliche Verordnungen gelten nur, in ſo weit es der Kayſer haben will. (§. 42.) Daraus folgt 1) daß die Reſcripte nur gültig ſind, wann in der vorausgegangenen Vorſtellung Wahrheit enthalten iſt. Jedes Reſcript ſetzt nemlich eine Vorſtellung, Anfrage, Supplik voraus, und gründet ſich darauf. Iſt in dieſer Vorſtellung die Wahrheit verſchwiegen, oder ſind falſche Umſtände angeführt: ſo will der Landesherr nicht, daß es gelten ſoll, es gilt alſo nicht. Es iſt daher dem Impetraten, d. i. dem, gegen welchen ein Reſcript ergeht, erlaubt, dem Reſcript die exceptionem *ſub et obreptionis*, die Exception, das Reſcript iſt von dem Impetranten durch falſche Vorſtellungen erſchlichen, entgegen zu ſetzen. Kann er dieſe erweiſen, ſo muß das Reſcript caſſirt werden. Wann ein Reſcript etwas verordnet, was dem ganzen Staat zum offenbaren Schaden gereicht, oder einem Unterthanen ſein wohl erworbenes Recht entzieht; ſo iſt es höchſt wahrſcheinlich, daß es durch Unwahrheiten erſchlichen ſey, und die Landescollegien oder der Impetrat haben daher die Erlaubniß, dem Landesherrn Vorſtellungen dagegen zu thun; der Impetrat, welchem ſein ius quaeſitum entzogen werden will, iſt auch befugt, gegen den Landesherrn, oder gegen den Fiſcal Klage zu erheben.

§. 46. Von den Decreten.

Ein Decret iſt eine Verordnung, wodurch der Kayſer nach vorhergegangener Unterſuchung einen Proceß entſcheidet. Die römiſchen Kayſer unterſuchten und entſchieden viele Proceſſe, die durch Appellation an ſie gelangten; entſchieden auch zuweilen Sachen in der erſten Inſtanz. Eine ſolche kayſerliche Entſcheidung hieß *decretum*; und war zweyerley, entweder *decretum* in ſtrengerem Verſtand oder *interlocutum*. Wann nemlich die Hauptfrage des Proceſſes entſchieden, und dadurch der ganze Proceß geendiget wird: ſo heiſt es decretum in eigentlichem Verſtande. Wann aber ein Nebenpunct decidirt wird, z. E. ob ein gewiſſer Zeuge im Proceſſe zuläßig, ob eine Parthey der

andern

andern ein gewiſſes Document herauszugeben ſchuldig ſey: ſo heiſt die Entſcheidung *interlocutio* oder *interlocutum*. Bey den decretis ſtricte dictis wurde eine genaue Unterſuchung angeſtellt; die Interlocute aber wurden *de plano* d. i. ohne Weitläuftigkeit gegeben.

§. 47. Von dem Anſehen der Decrete und Reſcripte.

Eine merkwürdige Frage iſt: ob die Decrete und Reſcripte allgemeine, oder nur ſpecielle Geſetze ſind? Der Landesherr giebt ein Decret oder Reſcript in der Sache A. Gilt dieß nur in dieſer Sache, oder müſſen es die Gerichte auch in andern ähnlichen Fällen anwenden. Z. E. ein aus unehelichem Beyſchlaf erzeugtes Kind (ſpurius) verlangt den ſechſten Theil von ſeines Vaters Erbſchaft; die Verwandten verweigern ihm denſelben, weil unter den Rechtsgelehrten dieſe Sache ſehr ſtreitig iſt; es kommt zum Proceß, der Landesherr entſcheidet ihn zum Vortheil des unehelichen Kindes. Die Frage alſo iſt, ob dieſes Decret in allen vorkommenden ähnlichen Fällen zur Richtſchnur diene, und die Gerichte nun allen ſpuriis die Succeſſion in den ſechſten Theil der väterlichen Erbſchaft geſtatten müſſen? Vor Juſtinians Zeiten haben die Decrete kein allgemeines Anſehen gehabt (*1). Juſtinian aber hat ihnen dieſes in der angeführten leg. 12. Cod. de leg. et conſt. beygelegt.

Indeſſen muß man doch vorausſetzen, 1) daß es Decrete ſind, die eine ſtreitige Rechtsfrage entſcheiden, wie das eben angeführte über die Succeſſion der unehelichen Kinder iſt. Wenn ein Decret eine bloſe quaeſtionem facti entſcheidet, ob ein gewiſſes *factum* in vorliegendem Fall geſchehen oder nicht geſchehen ſey, z. E. ob der Beweis gehörig geführt, die Appellationsfriſten gewahrt ſeyen: ſo kann das Decret ſeiner Natur nach nicht auf andere Fälle angewandt werden. 2) Wird vorausgeſetzt, daß der Landesherr durch ſein Decret eine allgemeine Vorſchrift hat geben, und nicht um ganz beſonderer Umſtände willen nur in dieſem Falle einen Machtſpruch hat ertheilen wollen (*2).

(1) Dieß hat *Zepernick* diatr. de auctor. rer. a centumviris iudicatarum §. 20. in append. ad Siccamae tr. de iudicio centumvirali p 381. ſehr gut bewieſen.
(2) *Cocceji* in iure controv. tit. de conſtitut. princip. Qu. 1. *Stryk* diſſ. de obligatione rei iudicatae contra tertium, cap. 1. §. 10.

§. 48. Was ſind Privilegien?

Die Privilegien ſind Verordnungen, wodurch der Landesherr ein *indiuiduum*, das heiſt eine Perſon oder Sache von der Vorſchrift der Geſetze in mehrern ähnlichen Fällen auf eine vortheilhafte Weiſe befreyet. Alſo der erſte Character der Privilegien iſt, daß ein Individuum vom gemeinen Recht befreyet wird. Das gemeine Recht ſagt z. E. jeder Unterthan muß Steuern

entrichten; das Privilegium ſagt, dieſe Perſon, dieſe Sache ſollen ſteuerfrey ſeyn. 2) Dieſe Befreyung geſchieht nicht blos für einmal, ſondern für mehrere ähnliche Fälle. Der Unterthan iſt nicht Einmal ſteuerfrey, ſondern jedesmal, ſo oft Steuern erhoben werden. Nach dem heutigen Redegebrauch wird 3) erfordert, daß die Befreyung dem Privilegirten vortheilhaft und angenehm ſey. Wann jemand in einem Lande, wo die Todesſtrafen abgeſchaft ſind, wegen beſonderer Umſtände am Leben geſtraft wird: ſo ſagt man heutiges Tages nicht, daß er ein Privilegium erhalten habe. In der alten lateiniſchen Sprache nennt man zwar eine ſolche unangenehme nachtheilige Verordnung auch privilegium. Aber dem heutigen Redegebrauch nach ſind alle privilegia favorabel. Bey den privilegiis gilt die Regel: non ſunt trahenda ad exemplum. Wann der Landesherr einem andern ein Privilegium giebt, ſo kann ich mich nicht darauf berufen, geſetzt auch, daß ich mit jenem in gleichem Falle bin; ſondern ich muß den Landesherrn um die Eintheilung des privilegii bitten.

Anmerkung. Von den Privilegien ſind die *conſtitutiones perſonales* unterſchieden. Dieſe gehen auf einen einzelnen Fall, das Privilegium auf mehrere. Man theilt ſie in conſtitutiones *favorabiles* und *odioſas* ein. Unter den *odioſis* verſteht man eine auſſerordentliche Erhöhung der Strafe, eine Sentenz des Landesherrn, wodurch einem eine härtere Strafe dictirt wird, als die in den Geſetzen beſtimmte iſt; wann z. E. jemand vom Landesherrn zum Strange verurtheilt wird, der nach den Geſetzen nur das Schwerd verdient hätte. Die favorabiles ſind entweder *diſpenſationes*, oder *abolitiones*, oder *adgratiationes*. Wann nemlich jemand eine in den gemeinen Rechten verbotene Handlung vornehmen will, und zuvor vom Landesherrn die Erlaubniß dazu erhält: ſo heiſt dieſelbe eine Diſpenſation. Z. E. jemand will ſich trauen laſſen ohne Proclamation, die doch in den gemeinen Rechten vorgeſchrieben iſt; er erhält vom Landesherrn Erlaubniß dazu. Dieſe heiſt (freylich nicht in gutem Latein) *diſpenſatio*. Hingegen wann jemand beſchuldiget wird, eine geſetzwidrige Handlung ſchon begangen zu haben, und vom Landesherrn eine Verordnung erhält, daß kein Proceß deshalben gegen ihn angeſtellt, oder der ſchon angefangene aufhören ſoll: ſo heiſt dieß eine Abolition. Endlich wann mir wegen eines begangenen Verbrechens ſchon wirklich die Strafe dictirt worden iſt; und der Landesherr mir ſie ganz oder zum Theil erläßt; ſo heiſt dieſe Erlaſſung Adgratiation, Begnadigung.

Von den Privilegien ſind ferner die *beneficia legis* oder *iura ſingularia* zu unterſcheiden. Man bemerke 1) beneficia legis ſind vortheilhafte Verordnungen neuerer Geſetze, die im ältern Recht unbekannt ſind. Z. E. das alte römiſche Recht weiß nichts davon, daß ein Minderjähriger, der in einem Contract

tract Schaden gelitten hat, ſich dagegen in integrum reſtituiren, das heiſt den Contract umſtoſſen laſſen kann; die neuere Geſetze aber geben dem Minderjährigen dieſes Recht; es iſt alſo ein beneficium legis. Die Weibsperſonen welche ſich verbürgen, müſſen nach dem alten römiſchen Recht ſo gut als Mannsperſonen haften; ein neues Geſetz aber, SCtum Velleianum, erklärt ihre Bürgſchaft für ungültig. Hier iſt alſo ein beneficium legis. Nach den alten römiſchen Geſetzen muß ein Erbe ſchlechterdings alle Schulden des Erblaſſers bezahlen. Die neue Geſetze aber geben ihm das beneficium inventarii; wann er über die Erbſchaft ein Inventarium machen läßt, ſo bezahlt er nur ſoweit als die Erbſchaft anreicht.

2) Dieſe beneficia legis ſind von den Privilegien darin unterſchieden, daß ſie allen Unterthanen, oder doch einer gewiſſen Claſſe derſelben zuſtehen, da im Gegentheil die Privilegien nur Einer Perſon oder Einer Sache ertheilt ſind. Die privilegia muß man bey dem Landesherrn beſonders erlangen, die beneficia legis ſind ſchon in den Geſetzen enthalten, und man braucht nicht darum nachzuſuchen. Die beneficia legis werden auch allgemein promulgirt, die Privilegien nicht.

3) Die beneficia legis ſind entweder *generalia* oder *ſpecialia*. Generalia kommen allen Unterthanen, die ſich in einem gewiſſen Falle befinden, zu gut, z. E. das beneficium inventarii; ferner ordinis und diviſionis, wovon unten (§. 843. 844.) gehandelt werden wird. Die ſpecialia ſind nur einer gewiſſen Claſſe der Unterthanen vortheilhaft, z. E. das beneficium SCti Velleiani nur den Weibsperſonen.

§. 49. Eintheilung der Privilegien.

Die privilegia ſind 1) entweder *gratioſa* oder *oneroſa*. Gratioſum heiſt das, welches umſonſt, aus bloſſer Gnade ertheilt wird, oneroſum, wofür der Privilegirte etwas gegeben oder gethan hat. 2) Entweder *realia* oder *perſonalia*. Reale iſt ein Privilegium, das allen Beſitzern einer gewiſſen Sache ertheilt iſt. Dergleichen iſt z. E. die Steuerfreyheit, wenn ſie einem Hauſe, die Jagdgerechtigkeit, wenn ſie einem Landgute ertheilt iſt. Denn alle Beſitzer des Hauſes ſind ſteuerfrey, alle Beſitzer des Guts haben das Recht zu jagen. Perſonale hingegen heiſt das, welches Einer oder mehreren beſtimmten Perſonen zuſtehet. Wenn mir z. E. der Landesherr blos für meine Perſon meine Güter ſteuerfrey macht, daß ſie nemlich frey ſeyn ſollen, ſo lang ich ſie beſitze, aber wieder ſteuerbar werden, ſo bald ſie veräuſſert werden; oder wenn er mir für meine Perſon die Jagd giebt: ſo ſind dieß perſönliche Privilegien. Alſo der wahre Character, woran man die Realprivilegien von den perſönlichen unterſcheiden muß, iſt daß ſie allen Beſitzern einer gewiſſen

Sache zuſtehen; das Perſonalprivilegium kommt nur Einer oder einigen Perſonen zu. Ich ſage einigen. Wenn alſo der Landesherr mir und meinen Leibeserben oder auch mir und meinen Erben überhaupt, ein Privilegium, z. E. die Steuerfreyheit eines Hauſes ertheilt, ſo iſt es kein reelles; denn ſobald das Haus an einen Beſitzer kommt, welcher kein Erbe von mir iſt, ſo verliert es die Freyheit. Einige nennen die Privilegien, welche einem für ſich und ſeine Erben ertheilt ſind, *privilegia ex realibus & perſonalibus mixta*, aber unſchicklich. Ein ſolches Privilegium iſt eigentlich ein Inbegriff mehrerer perſönlicher Privilegien; reell iſt es gar nicht.

§. 50. Wer kann Privilegien ertheilen, und können ſie widerrufen werden.

Die Privilegien ſind Verordnungen, wodurch jemand von dem gemeinen Recht befreyt, dieſes alſo wirklich aufgehoben wird. Nun kann niemand Geſetze aufheben als der Landesherr; daher kann auch 1) niemand, als allein der Landesherr Privilegien ertheilen. 2) Die Magiſtratsperſonen, Beamten, Regierungen, Canzleyen ꝛc. ꝛc. ſind dazu nicht befugt, wenn ihnen der Landesherr nicht ausdrücklich dieſes Recht ertheilt hat (*1). In wie weit kann der Landesherr ein ertheiltes privilegium widerrufen? Es giebt Juriſten, welche ihm dieſes Recht ſchlechterdings, und wieder andere, welche es ihm bey privilegiis gratioſis zuſprechen. Allein nach der richtigern Meynung iſt ein Landesherr ſo wenig befugt, privilegia zu widerrufen, als andere gültige Verträge umzuſtoſſen. Denn ein privilegium iſt ein Vertrag mit dem Privilegirten. Ausnahmen dieſer Regel ſind 1) wenn das privilegium mit dem ausdrücklichen Vorbehalt, es widerrufen zu können, ertheilt iſt. 2) Wenn der Privilegirte es mißbraucht, z. E. einer der privilegirt iſt, allein im Lande mit Toback zu handeln, unbrauchbare Waare verkauft. Endlich 3) wenn das privilegium mit dem Wohl des Staates ſtreitet; z. E. eine vermöge des privilegii angelegte Glaßhütte ſo viel Holz verbraucht, daß ein drückender Mangel zu befürchten iſt. Daß ein jedes privilegium gratioſum widerruflich ſey, läßt ſich mit Grund nicht behaupten, denn es iſt eine Schenkung; dieſe aber kann ohne hinlängliche Urſache eben ſo wenig revocirt werden als ein anderer Vertrag (2).

(1) Man ſehe Struben Unterricht von Regierungs- und Juſtizſachen. § 8.

2) *Ziegler* de iur. maieſt. lib. 1. cap. 12. §. 13. *Leyſer* Sp. 50. med. 10. Sp. 510. cor. 3. *Idem* de aſſentat. Ictor. cap. 3. ſect. 2. §. 35. in meditat. ad Pand. Vol. 13. p. 136. *Wernher* Part. 6. obſ. 377. *Gebauer* diſſ. ſingularia de privilegiis, §. 20. in opuſc. Tom. 1. p. 326. Struben am a. O. §. 28.

§. 51. 52. Von den Edicten der Magiſtratsperſonen.

Wir haben die vier Gattungen des geſchriebenen Rechts kennen gelernt, und gehen nun zu dem ungeſchriebenen über. Dahin gehören zuerſt die *edicta magiſtratuum.*

Man bemerke 1) das Wort magiſtratus bedeutet bald eine **Perſon**, bald ein Amt. Es bedeutet nemlich a) eine **Perſon**, die unter öffentlicher Autorität beſtellt iſt, auſſer dem Senate gewiſſe Staatsgeſchäfte zu beſorgen, einen Staatsbedienten, obrigkeitliche **Perſon**. Ich ſage auſſer dem Senate. Denn der Senat beſorgte auch Staatsgeſchäfte; (§. 39.) aber ſenator und magiſtratus ſind ſehr verſchieden. Oft aber wird auch b) das Amt, vermöge deſſen Jemand öffentliche Geſchäfte zu beſorgen hat, magiſtratus genennt. Alle magiſtratus regierten übrigens der Regel nach nur ein Jahr lang.

2) So wie unſre Beamten, Canzleyen, Renthkammern ꝛc. in Amtsſachen Befehle bekannt machen, ſo thaten es auch die Römiſche magiſtratus, und dieſe heiſſen *edicta.* Der Prätor z. E. gab Befehle in Jurisdictionsſachen, der Aedilis oder Policeydirector in Policeyſachen, u. ſ. w.

3) Dieſe edicta waren entweder *ordinaria*, *ſ. annua*, *ſ. generalia*, oder *extraordinaria*, *ſ. ſpecialia.* Die annua ſchlug der magiſtratus bey dem Antritt ſeines Amtes ſchriftlich an, und machte darin bekannt, wie er während ſeines Amtsjahres die für ihn gehörige Geſchäfte behandeln und entſcheiden wollte. Die extraordinaria publicirte er während ſeiner Amtsführung über beſondere Fälle.

4) Annua edicta haben nur die praetores, aediles curules oder Policeydirectoren und Gouverneurs der Provinzen (proconſules) publicirt; extraordinaria aber auch die übrige Magiſtratsperſonen. Die Edicte des Prätors heiſſen urbana oder praetoria; des Policeydirectors aedilitia; der Gouverneurs in den Provinzen, provincialia, proconſularia.

5) Die magiſtratus, beſonders die Prätoren, brachten manche neue Rechtsſätze in ihre Edicte. Dieſe heiſſen *ius honorarium.* Alſo ius honorarium iſt das in den Edicten der Magiſtratsperſonen enthaltene Recht, weil die Magiſtratsperſonen öffentliche Aemter bekleideten, und dieſe Aemter honores heiſſen (*[1]).

6) Obgleich die magiſtratus keine Geſetzgeber waren, und das Recht alſo nicht hatten, etwas neues in ihren Edicten zu verordnen, ſo maßten ſie ſich dennoch deſſen an. Sie erklärten (adiuvabant) das römiſche Recht, wo es dunkel war; corrigirten es, wo es hart und unbillig ſchien, und ſupplirten es, wo es Lücken hatte. Viele ihrer neuen Rechtsſätze bekamen nach

und nach durch die ſtillſchweigende Einwilligung des Volks rechtliche Autorität, wurden als ein ius non ſcriptum reſpectiret.

7) Daher nennt Juſtinian die Prätoren Geſetzgeber, und daher kommen in unſerm corpore iuris noch viele Erfindungen der Prätoren und Aedilen vor, actiones prætoriae et aedilitiae, reſtitutiones in integrum, bonorum poſſeſſiones, von denen wir unten am gehörigen Ort Nachricht erhalten werden.

8) Als Hadrian das edictum perpetuum verfertigen ließ, wurde das ius honorarium in ein ius ſcriptum verwandelt.

(1) §. 7. I. h. t.

§. 53. Vom beſtändigen Edicte.

Mit dieſem edicto perpetuo hat es folgende Beſchaffenheit: 1) Kayſer Hadrian gab Befehl, daß man die edicta praetorum ſammeln, das vorzüglichſte daraus excerpiren und in Ordnung bringen ſollte.

2) Der Rechtsgelehrte, der zu dieſem Geſchäft erwählt wurde, war Salvius Iulianus, ein Mann von vieler Gelehrſamkeit und groſſem Ruhme.

3) Als die Sammlung fertig war, ließ ſie der Kayſer unter dem Namen edictum perpetuum im Jahr Chr. 131. als ein Geſetzbuch promulgiren, und befahl, daß ſich in Zukunft alle Magiſtrate darnach richten ſollten. Keiner durfte nun noch edicta annua machen; nur extraordinaria edicta, inſoweit ſie dem edicto perpetuo nicht widerſprachen, war ihnen zu geben erlaubt.

4) Wir beſitzen von dieſem beſtändigen Edicte nur bloſſe Fragmente, die hier und da in den Pandecten zerſtreut ſind. Am vollſtändigſten hat ſie Jac. Gothofredus (*1) angezeigt, und Hoffmann (*2) hat ſie zuſammen drucken laſſen. Heineccius wollte die Fragmente mit einem Commentar erläutern, hat aber das Werk nicht vollendet. Was davon fertig geworden iſt, ſteht in deſſen opuſculis poſtumis (*3)

5) Dodwell behauptet mit andern, zu Hadrians Zeiten ſey auch unter öffentlicher Autorität eine Sammlung von Edicten der Aedilen oder ein edictum perpetuum aedilitium verfertiget worden; aber dieß iſt ſchlechterdings nicht zu erweiſen.

6) In den Pandecten kommen drey Edicte der Aedilen vor. Das erſte ſagt: niemand ſoll in ſeinem Hauſe ein reiſſendes Thier nah an die Straſſe legen, daß die Vorbeygehende angefallen und beſchädiget werden können. L. 40. D. de aedilit. edicto.

Das zweyte: wer eine Sache verkauft, welche heimliche Fehler hat, ſoll ſie zurück nehmen, wenn ſie dem Käufer ganz unbrauchbar iſt; und einen

nen Theil des Kaufſchillings zurück geben, wenn die Sache zwar brauchbar iſt, aber doch ihr Werth durch die geheime Mängel vermindert wird. L. 1. §. 1. D. de aedilit. edicto.

Das dritte: wer meinen Sklaven ohne meine Erlaubniß caſtriret, ſoll mir deſſen vierfachen Werth bezahlen. L. 27. §. 28. ad L. Aquil.

(1) In quatuor fontib. iur. civ. Theſaur. Ott. Tom. 3. p. 241. ſeqq.
(2) Hiſtor. iur. vol. 2. p. 305. ſeqq.
(3) Pag. 1 — 640.

§. 54. Von den Gutachten der Rechtsgelehrten.

Die zwente Gattung des nicht geſchriebenen Rechts ſind die reſponſa prudentum. 1) Die alte römiſche Geſetze, beſonders die Geſetze der 12 Tafeln waren dunkel, wenn gleich nicht für die Zeitgenoſſen, doch für die Nachkommen. 2) Daher fanden ſich Leute, die ſie zu erklären, und ihre richtige Anwendung zu zeigen bemüht waren. Sie hieſſen *pſudentes*, *iuris prudentes*, *iuris conſulti*; und ihre Gutachten, Lehrſätze und Meynungen, *reſponſa*. 3) Dieſe Rechtsgelehrten waren zwar keine Geſetzgeber. Indeſſen wurden viele ihrer Meynungen in den Gerichten angenommen, und galten als Gewohnheitsrechte. 4) Endlich erhielten ſie die Autorität geſchriebener Geſetze; als nemlich Juſtinian aus den Schriften der Juriſten die Pandecten ſammeln ließ, und dieſen geſetzmäßiges Anſehen ertheilte.

Anmerkung. Zu den Zeiten der freyen Republik konnte jeder Bürger rechtliche Gutachten ertheilen, welcher Wiſſenſchaft und Reputation hatte. Auguſt gab (wie viele mit unſerm Autor behaupten,) einigen Juriſten das Recht, in ſeinem Namen Gutachten zu ertheilen, Gutachten die gewiſſermaſſen geſetzliches Anſehen hatten, weil die Gerichte die Sache nicht anders entſcheiden durften, als der Juriſt in ſeinem Gutachten für recht erkannt hatte. Die übrigen Juriſten reſpondirten nach wie vor, ihre Gutachten hatten aber jenes groſſe Anſehen nicht. Die beſte Abhandlung von dieſer Materie hat Gebauer (*1) geſchrieben.

(1) Excurſ. ad Inſtit. 1. pag. 166.

§. 55. Erfindungen der Rechtsgelehrten.

Die Rechtsgelehrten ſind die Erfinder vieler Rechtsſätze und Lehren, die in unſerm Geſetzbuche vorkommen. Sie haben die legitimam patronorum tutelam erfunden. Die Geſetze der 12 Tafeln nemlich ſagten: über einen Unmündigen ſollen die nächſte Agnaten Vormünder ſeyn. Wenn ich nun einen Sklaven frey ließ, ſo hieß ich Patron des Freygelaſſenen und wurde, als deſſen Vater und nächſter Agnat angeſehen. Daher behaupteten die Juriſten, ich

ich müßte auch deſſen Vormund werden, wenn er noch unmündig ſey. Man ſehe unten den 17. Titel des erſten Buches. Die Juriſten ſind auch die Erfinder der *querelae inofficioſi.* Ein Vater konnte nach altem römiſchen Recht ſeine Kinder nach Gefallen enterben. Dieß hielten die Juriſten für unbillig. Sie gaben daher einem ohne Urſache enterbten Kinde den Rath, eine Klage gegen das Teſtament anzuſtellen, ſeinen Vater für blödſinnig auszugeben, und ſtatt des Beweiſes ſich auf das unbillige und unvernünftige Teſtament zu berufen. Dieſe Klage wurde querela inofficioſi genannt. Ferner haben die Rechtsgelehrten viele *actiones utiles* erfunden. Eine Klage heiſt *actio directa*, wenn ſie in den ausdrücklichen Worten des Geſetzes gegründet, *utilis*, wenn ſie aus dem Geſetz durch eine Schlußfolge hergeleitet iſt. Z. E. wenn mir eine Dienſtbarkeit auf meines Nachbars Hof zuſteht, und er mir Hinderniſſe in der Ausübung macht: ſo kann ich ihn vermöge der ausdrücklichen Geſetze actione confeſſoria belangen. Dieſe iſt alſo directa. Wenn mir aber ein anderes ausſchließliches Recht, (das keine Dienſtbarkeit iſt) zukommt, z. E. das Recht, allein mit Wein zu handeln, und andere mich darin ſtöhren, ſo kann ich nach der Meynung der Juriſten, weil einerley Raiſon eintritt, auch dieſe Klage anſtellen; ſie heiſt aber actio confeſſoria *utilis* (*1). Endlich ſchreiben ſich auch, wie unſer Autor ſagt, die legis actiones und actus legitimi von den Juriſten her.

(1) Warum dieſe Klagen den Namen utilis haben, unterſuche *Heinecc.* hiſtor. iur. lib. I. §. 50. Videntur, ſagt er, accepiſſe nomen utilium quaſi *utibilium;* quia tametſi nec legum verbis, nec in albo Praetoris proditae eſſent, *uti tamen iis liceret*, ob paritatem rationis.

§. 56. Was ſind legis actiones und actus legitimi.

Der wahre Begriff dieſer beiden Dinge und ihr Unterſchied iſt nichts weniger als ausgemacht. Ich will die von den meiſten neueren Rechtsgelehrten angenommene Meynung hier vortragen, meine Gedanken aber in einer eignen dieſem Buche angehängten Abhandlung ſagen. Actiones legis waren Proceßformeln. Man konnte bey den Römern ſeine Klage, Exception, Replik u. ſ. w. im Gericht nicht mit beliebigen Worten vorbringen; ſondern alles, was im Proceß vorzutragen war, muſte ſchlechterdings in einem gewiſſen beſtimmten Formular vorgetragen werden, und dieß hieß legis actio. Wer ſich des rechten Formulars nicht bediente, etwas darin ausließ oder veränderte, verlohr den Proceß. Actus legitimus hingegen heiſt ein feyerliches Geſchäft. Wer irgend ein Geſchäft von Wichtigkeit vornehmen, z. E. einen Sklaven frey laſſen, jemand an Kindesſtatt annehmen, ein Kind aus ſeiner väterlichen Gewalt entlaſſen wollte ꝛc. der mußte es mit gewiſſen Formeln und Feyerlichkeiten thun; und eine ſolche Handlung heiſt *actus legitimus.*

Anmer-

Anmerkung. Von den actibus legitimis ſagt man insgemein, ſie hätten keine Zeit, keine Bedingung, keinen Bevollmächtigten zugelaſſen. Nemlich man habe 1) keinen actum legitimum auf eine gewiſſe Zeit ſchlieſſen, keinen Sklaven z. E. auf eine gewiſſe Zeit frey laſſen; keinen Menſchen auf gewiſſe Zeit zum Kinde annehmen können. 2) Man habe auch einen actum legitimum nicht ſo eingehen können, daß er erſt nach einer gewiſſen Zeit gelten ſollte; z. E. einen jetzt an Kindesſtatt annehmen, aber ſo, daß er erſt nach Verlauf eines Jahres mein Sohn ſeyn ſollte. 3) Habe ein actus legitimus unbedingt geſchloſſen werden müſſen. Es gieng z. E. nicht an, jemand unter einer Bedingung zu adoptiren, mein Kind unter einer Bedingung meiner Gewalt zu entlaſſen. Endlich 4) habe man einen actum legitimum nicht durch einen Bevollmächtigten verrichten laſſen können, man habe ihn ſchlechterdings in eigner Perſon thun müſſen.

Das iſt gewiß, daß wir heutigestages keine legis actiones mehr haben. Man hat Formulare zu Klagſchriften, Exceptionshandlungen, Citationen, Beſcheiden ꝛc. ꝛc. Aber weder Richter noch Partheyen ſind ſo ſtreng daran gebunden, als der Römer an ſeine legis actiones. Wir haben auch feyerliche Geſchäfte, z. E. die Ehe, die Eydesleiſtung; aber die Regel: actus legitimus non admittit diem, conditionem, procuratorem, hat bey unſern feyerlichen Handlungen nicht ſtatt, auſſer wann dieſes aus der Natur des Geſchäftes flieſt; das heiſt, wenn die Beyfügung einer Zeit, einer Bedingung, oder die Zulaſſung eines Bevollmächtigten nachtheilige Folgen haben würde. Z. E. die Ehe kann nicht auf eine gewiſſe Zeit, unter einer Bedingung geſchloſſen; der Eyd muß gewöhnlich in eigner Perſon abgeleget werden.

(1) *Hoffmann* hiſt. iur. rom. vol. I. §. 215.

§ 57. Was iſt diſputatio fori und mores maiorum?

Zu dem iure non ſcripto gehört drittens die *diſputatio fori*. Die wahre Beſchaffenheit derſelben iſt nicht auſſer Zweifel. Unſer A. und andere glauben, die römiſche Juriſten ſeyen zuweilen zuſammen gekommen, um über Rechtsfragen zu diſputiren. Eine Meynung, die nach einer ſolchen vorhergegangenen Diſputation von ihnen angenommen und feſtgeſetzt worden wäre, habe diſputatio fori geheiſen, und die Autorität eines nicht geſchriebenen Rechtes erhalten. Allein die in der Note angeführte Autoren zeigen, daß dieß der wahre Begriff nicht iſt. Diſputatio fori hieß wahrſcheinlich bey den Römern das, was wir den Gerichtsbrauch oder die Praxis nennen. Der Prätor hatte in Rom die Jurisdiction. Er

hatte aber 105 Beyſitzer, welche centumviri hieſſen, und denen er die wichtigſte Proceſſe zu entſcheiden übertrug. Wenn nun in den Centumviralgerichten eine Rechtsfrage mehrmal vorgekommen, und allezeit auf einerley Art entſchieden worden war: ſo entſtand aus dieſen gleichförmigen Urtheilsſprüchen eine Art von Gewohnheitsrecht, welches *diſputatio fori* hieß, weil es ſich auf eine vorausgegangene gerichtliche Diſputation gründete. Durch dieſen Gerichtsbrauch iſt, wie die erſte Note ſagt, das alte harte römiſche Recht oft gemildert, und der Billigkeit näher gebracht; oft ſind auch die Meynungen der Juriſten durch den Gerichtsbrauch beſtätiget worden. Z. E. die Juriſten hatten die querelam inofficioſi erdacht, (§. 55.) der Gerichtsgebrauch nahm ſie an, und machte ſie geltend.

Die letzte Gattung des nicht geſchriebenen Rechtes ſind die *mores maiorum*. In allgemeiner Bedeutung ſind alle iura non ſcripta, mores maiorum. Man kann das ius honorarium, das ius ex reſponſis prudentum und die diſputationem fori, mores maiorum heiſſen. Allein in eigentlichem Verſtande ſind *mores maiorum* Gebräuche, die zu keiner der vorigen eben benannten Rechtsgattungen gerechnet werden können, die aber doch von Alters her im römiſchen Staate galten. Z. E. wenn die Conſuln nicht in Rom zugegen waren, ſo vicariirte der Prätor für ſie; nur gewiſſe Magiſtratus konnten den Senat zuſammenberufen; Weibsperſonen konnten keine öffentliche Aemter bekleiden; Schenkungen unter den Ehegatten waren verboten ꝛc. ꝛc. Dieß alles waren mores maiorum.

§. 58. Theorie des Gewohnheitsrechtes.

Der Autor giebt hier noch einige allgemeine Bemerkungen über das Gewohnheitsrecht, die von practiſcher Wichtigkeit ſind. Indeſſen hat er die ganze Theorie des Gewohnheitsrechtes nicht erſchöpft. Man bemerke alſo: I) Eine Gewohnheit iſt eine beſtändige Beobachtung einer Regel in freyen Handlungen. Wer ſeine freyen Handlungen immer nach einer gewiſſen Regel thut, z. E. alle Morgen um 6 Uhr aufſtehet, alle Abend um 10 zu Bette gehet, der hat eine Gewohnheit.

II) Eine Gewohnheit iſt von verſchiedener Art. Man glaubt entweder, daß man verbunden ſey dieſe Regel zu beobachten; (z. E. alle Einwohner eines Orts nehmen Zeugen zu ihren Eheverlöbniſſen, weil ſie glauben, daß es nöthig ſey;) oder nicht. Im erſten Fall heiſt die Gewohnheit eine obligatoriſche, (*conſuetudo obligatoria*;) im letzten eine freye Gewohnheit (*conſuetudo libera.*) Von der erſten Art iſt die Gewohnheit bey Eheverlöbniſſen, von der letzten Art ſind die eben angeführte Gewohnheiten des Aufſtehens und zu Bette gehens. Die obligatoriſche wird ent-

entweder vom Geſetzgeber gebilliget, und dann heiſt ſie **eine geſetzliche Gewohnheit**, *(conſuetudo legalis, ius non ſcriptum)* oder nicht. In dieſem letzten Falle iſt ſie **eine illegale Gewohnheit; böſer, unvernünftiger, verworfener Gebrauch.** Die geſetzliche iſt entweder *permiſſiua*, wenn vermöge der Gewohnheit eine Handlung ungeſtraft geſchehen **darf**, oder *praeceptiua*, wenn die Handlung geſchehen **muß**.

III) Was wird erfordert, wenn man behaupten will, daß eine geſetzliche Gewohnheit, ein Gewohnheitsrecht vorhanden ſey? Die Geſetze erfordern 1) **mehrere** *actus*, ohne die Zahl genau zu beſtimmen. Die Sache iſt alſo dem Gutdünken des Richters überlaſſen, er muß nach den Umſtänden beurtheilen, ob etwas ſo oft geſchehen ſey, daß man daraus eine Gewohnheit ſchlieſſen könne (*1). 2) **Einen gewiſſen Zeitverlauf.** Die Regel muß lange beobachtet worden ſeyn, wenn man eine Gewohnheit behaupten will. Aber auch hier beſtimmen die Geſetze nichts genau, ſondern überlaſſen die Beſtimmung dem vernünftigen Ermeſſen des Richters (*2). Einige behaupten, man müſſe auf die Verjährungszeit ſehen, aber ohne Grund (*3). 3) **Die Actus müſſen gleichförmig**, das heiſt ſo beſchaffen ſeyn, daß ſich aus allen die behauptete Gewohnheit herleiten läßt (*4), und 4) **in der Meynung unternommen, daß es ſo ſeyn müſſe**, *(actus opinione iuris ſuſcepti.)* Wenn man z. E. mehrmal die Wittwen aus gutem Willen, Mitleid, Liebe ꝛc. zur Erbſchaft gelaſſen hat, ſo entſtehet daraus keine legale Gewohnheit, vermöge deren ſie die Succeſſion prätendiren können (*5). Daß dieſes Erforderniß vorhanden ſey, erhellet aus geſchehenem **Widerſpruch.** Einer will, daß der Actus geſchehe, der andere ſetzt ſich entgegen. Jener behauptet, er müſſe von Rechtswegen geſchehen, dieſer giebt nach (*6). **Vergleiche** alſo beweiſen keine Gewohnheit, wenn ſie nicht auf die Gewohnheit gegründet geweſen ſind (*7). 5) **Die Actus müſſen nicht unterbrochen ſeyn.** Wenn einigemal der Satz befolgt, zu andern Zeiten aber nicht befolgt worden iſt: ſo läßt ſich keine Gewohnheit annehmen. 6) Behauptet jemand, eine Handlung müſſe vermöge einer Gewohnheit ſo geſchehen, und ſey ungültig, wenn ſie anders geſchehe, z. E. Eheverlöbniſſe müßten, wenn ſie gelten ſollten, vor Zeugen geſchloſſen werden: ſo muß er noch beweiſen, daß Actus auf andere Art geſchehen, und ihnen die Beſtätigung verſagt, ſie annulliret, wohl gar mit einer Strafe belegt worden ſeyn (*8). 7) **Die Gewohnheit muß ſich nicht auf einen offenbaren Irrthum gründen.** Wir haben in unſrer Praxis manche Sätze, die aus einem evidenten Irrthum hergefloſſen ſind. Dergleichen Gewohnheiten ſind nicht legal (*9) 8) **Muß ſie nicht unvernünftig ſeyn**, das heiſt der geſunden Vernunft und dem Wohl des Staats nicht widerſprechen, wie z. E. die alte Gewohnheit in Erfurt, daß keiner in dem Rath kam, der

Peter hieß (* [10]). Hurerey, Ehebruch, Diebſtahl und andere Laſter mögen ſo ſehr und ſo lang im Schwange gehen, als ſie wollen, ſo entſteht daraus nie eine geſetzliche Gewohnheit. Iſt es aber wohl 9) auch nöthig, daß die Gewohnheit im Gericht beſtätiget worden ſey? Verſchiedene (* [11]) behaupten dieß ohne Unterſchied, und berufen ſich auf L. 34. D. de legibus. Andere ſagen, es ſey nur erforderlich, wenn die Gewohnheit den geſchriebenen Geſetzen zuwider iſt (* [12]). Noch andere aber halten die Vorſchrift der L. 34. cit. für einem bloſen Rath; ſie glauben, es ſey gut, wenn man gerichtliche Actus anführen könne, weil es den Beweis ſehr erleichtere, aber nicht nothwendig, und dieſes nehmen die meiſte neuere Practiker an (* [13]).

IV) Woher bekommt die Gewohnheit geſetzliches Anſehen? Von der Billigung des Geſetzgebers. Dieſer Conſens iſt aber mancherley, er iſt entweder ein ausdrücklicher oder ſtillſchweigender. Sowohl der eine als der andere iſt entweder allgemein oder ſpeciell. Der ausdrückliche ſpecielle macht ein geſchriebenes Geſetz; der allgemeine und der ſtillſchweigende ein Gewohnheitsrecht. Wenn nemlich (a) ein Geſetzgeber ausdrücklich ſagt: dieſer Satz ſoll als ein Geſetz gelten, ſo iſt conſenſus ſpecialis expreſſus, ſo iſt eine lex ſcripta vorhanden. Wenn (b) der Geſetzgeber ausdrücklich erklärt, daß wohlhergebrachte ehrbare Sitten und Gewohnheiten gültig ſeyn, und in den Gerichten darauf geſprochen werden ſoll: ſo hat er dieſe Gewohnheiten durch conſenſum expreſſum generalem beſtätigt. (c) Geſetzt aber der Landesherr weiß, daß eine gewiſſe obligatoriſche Gewohnheit in ſeinem Staate beobachtet wird, und verwirſt ſie nicht: in dieſem Fall billiget er ſie ſtillſchweigends und beſonders, (conſenſu ſpeciali tacito.) Endlich wenn (d) der Geſetzgeber nur überhaupt weiß, daß in ſeinem Staate Gewohnheiten beobachtet und die Unterthanen danach beurtheilt werden; dieß aber nicht verbietet: ſo billiget er es durch allgemeine ſtillſchweigende Einwilligung (conſenſu tacito generali) (* [14]).

V) Was iſt die Wirkung des Gewohnheitsrechtes, was hat es für Anſehen? Die legale Gewohnheit iſt ſo gut ein Geſetz, als das geſchriebene Geſetz; denn es iſt einerley, ob der Geſetzgeber ſeinen Willen ausdrücklich oder ſtillſchweigend zu erkennen giebt. Daraus folgt denn der Satz: ut et anterioribus legibus deroget et easdem plane tollat. So gut als durch ein neues geſchriebenes Geſetz ein älteres aufgehoben werden kann, eben ſo gut kann dieß auch durch eine Gewohnheit geſchehen (* [15]). L. 2. Cod. quae ſit longa conſuetud. ſcheint zwar das Gegentheil zu verordnen, aber es ſcheint auch nur ſo. Denn es iſt dort nicht die Frage, ob ein älteres Geſetz durch eine neuere Gewohnheit aufgehoben werden könne, ſondern ob man eine alte Gewohnheit durch ein neues Geſetz abſchaffen könne, und das letztere wird bejahet (* [16]).

(1) *Me-*

(1) *Menoch* de arbitrar. iud. quaeſt. lib. 2. Cent. 1. Caſ. 81. n. 4. *Vinnius* ad §. 9. I. h. t. *Gail.* lib. 2. obſ. 31. *Mencken* Gymnaſ. polem. p. 46. theſ. 4. *Voet.* comment. ad pand. tit. de leg. n. 29. *Gundlingiana* part. 7. obſ. 3. §. 17. *Kemmerich* diſſ de probat. conſuetud. et obſervant. p. 64. Struben rechtl. Bedenken 1. Theil 309. Seite.
(2) *Gail* und *Mencken* am a. O. *Cocceji* ius controv. tit. de leg. Q. II. *Kemmerich* p. 79. *Cramer* obſerv. Tom 3. obſ. 847. §. 16.
(3) *Hochſtetter* diſſ. de praeſcriptione conſuetudinis. Stuttgard 1777. Meurers juriſtiſche Abhandlungen und Beobachtungen S. 157. u. f.
(4) Strube 2. Th. 223. Seite.
(5) *Ludolf.* ſymph. Vol. I. conſ. 44. p. 1335. *Boehmer* I. E. P. Lib. I. Tit. 4. §. 44. Cramer Nebenſt. part. 12. p. 100. Strube 2 Th. 305. Seite.
(6) *Titius* in iure privat. lib. 1. cap. 7. §. 14.
(7) *Berger* Lib. I. Tit. I. theſ. 19. not. 4.
(8) *Kemmerich* diſſ. cit. ſect. 2. §. 13.
(9) *Steenhof* diſſ. de praxi iudiciorum erronea hat Exempel geſammelt.
(10) *Leyſer* ſpec. 9. med. 4. Strube am a. O. 2. Theil 55. Seite *Puffendorf* tom. I. obſ. 43. §. 6. obſ. 198. *Wieſand* opuſc. pag. 1. ſqq. *Müller* ad *Leyſer* tom. I. obſ. 32. dies wollen die deutſchen Sprüchwörter ſagen: Hundert Jahr unrecht iſt keine Stunde recht; Mißbrauch iſt keine Gewohnheit. Eiſenhard Grundſätze des deutſchen Rechts in Sprüchwörtern, S. 21. u. f.
(11) *Hofacker* diſſ. de iure conſuetudinis. Tubing. 1774. cap. 2. §. 38. ſeqq. Meurer am a. O. S. 125. u. f.
(12) *Berger* oec. iur. lib. 1. tit. 1. theſ. 19. *Wernher* ſel. obſ. for. tom. 2. p. 9. obſ. 193. *Kemmerich* diſſ. cit. ſect. 2. §. 12. pag 77.
(13) *Gail* lib. 2. obſ. 31. n. 8. *Maſcard* de probat. concluſ. 427. *Chriſtinaeus* vol. 4. deciſ. 187. n. 7. 8. *Mevius* ad ius Lubecenſe, praelim. quaeſt. 7. n. 19. *Cramer* tom. 3. obſ. 847. §. 10. *Leyſer* ſp. 10. cor. 2. *Staudinger* diſſ. de conſuetudine contradicto iudicio firmata §. 7. ſeqq. *Boehmer* deciſ. et conſult. vol. 2. arg. 868. n. 37. arg. 869. n. 15. 16.
(14) *Gerh.* von dem *Buſch* diſſ. de conſuetudine, unde et quando vim legis obtineat, §. 26. ſeqq. pag. 49. ſeqq. welcher überhaupt dieſe Materie vorzüglich gut abhandelt. Anders erklärt die Einwilligung des Geſetzgebers *Franc. Car. Conradi* diſſ. de conſuetudine legem haud vincente. §. 6. p. 21. ſqq.
(15) Doch behaupten viele Juriſten, daß in dieſem Falle die Gewohnheit nicht anders gelte, als wenn ſie zur Wiſſenſchaft des Landesherrn gekommen ſey; andere erfordern, daß er die dem Geſetz zuwider unternommene Handlungen beſtätigt habe. Man ſ. *Kemmerich* diſſ. cit. ſect. 2. §. 11.
(16) *Averan.* interpret. libr. 2. cap. 1. *Noodt* ad pand. tit. de legib. *Ayrer* progr. de conſuetudine legem vincente. Goett. 1764.

§. 59. Heutiger Gebrauch der bisher vorgetragene Lehren.

1) Wir haben in Deutſchland keine Demokratien, wo die Geſetze in ſolchen Verſammlungen wie im römiſchen Staate gemacht, und wo Verſammlungen des ganzen Volks von Verſammlungen der Plebejer unterſchieden werden. Alſo der Unterſchied unter legibus centuriatis und plebiſcitis fällt weg.

2) In Reichsſtädten ſowohl als in Landſtädten ſind collegia, der Stadtrath, die mit dem römiſchen Senate, ſi licet magna adſimilare parvis, Aehnlichkeit haben. In den Reichsſtädten, auch zuweilen in den Landſtädten, haben ſie das Recht Verordnungen zu machen. Will man dieſelbe ſenatus conſulta nennen, ſo haben wir dieſe Gattung von Geſetzen; gewöhnlich aber iſt dieſe Benennung nicht. 3) Die conſtitutiones principum, welche im römiſchen Recht vorkommen, giebt es auch heutigestags. Doch haben die Worte mandata, reſcripta, decreta oft andere Bedeutungen als bey den Römern. Unter den Mandaten verſteht man oftmals allgemeine landesherrliche Verordnungen; unter den Reſcripten oft auch ſolche Befehle, die der Landesherr an ſeine Collegia und Beamte aus eignem Antrieb erläßt; unter den Decreten landesherrliche Befehle, wodurch jemand ein öffentliches Amt erhält. 4) Unſere öffentliche Bedienten geben zwar Befehle in Amtsſachen, aber ſie haben nicht die Befugniß neue Rechtsſätze darin aufzuſtellen. 5) Die Meynungen angeſehener Rechtsgelehrten haben groſſes Gewicht. Mevius, Carpzov, Lauterbach, Leyſer, und andere werden beynahe wie Geſetzgeber reſpectirt, welches freylich nicht ſeyn ſollte. 6) Was die Autorität der Praxis oder des Gerichtsbrauches, der *praeiudiciorum*, wie man auch ſpricht, betrifft: ſo wollen ihr einige Juriſten geſetzliche Kraft beylegen (*[1]); andere ſprechen ihr alles Anſehen ab (*[2]); noch andere aber machen mit Recht einen Unterſchied, und behaupten, daß die Praxis offenbaren Irrthümern zwar kein geſetzliches Anſehen geben könne, daß hingegen in zweifelhaften Rechtsfragen die praeiudicia des Gerichtes, wo der Proceß hängt, ſodann aber die allgemeine Praxis als ein Gewohnheitsrecht beobachtet werden müſſen (*[3]). 7) Auch *mores maiorum*, uralte deutſche Gewohnheiten, ſowohl allgemeine, als beſondere in einzelnen Ländern, Städten und Dörfern haben wir, die ſo gut als geſchriebene Geſetze gelten. So ſind es z. E. in Deutſchland allgemeine Gewohnheiten, daß pacta nuda eine Klage wirken, Erbverträge gültig, Pfandungen und Retorſionen der Injurien erlaubt ſind.

(1) *Brunnemann* ad L. 23. D. de LL.
(2) *Gribner* diſſ. de obſervantiis collegior. iuridicor. §. 7. in opuſc. Tom. 4. p. 52.
(3) *Leyſer* ſp. 9. med. 5. 6. *Reinharth* ad *Chriſtin.* vol. I. obſ. 3. Strube rechtl. Bed. I. Th. 63. 64. 201. 202. Seite.

§. 60. Von den drey Rechtsgegenſtänden.

Wie viel Rechtsgegenſtände (*obiecta iuris*) es gebe, iſt unter den Rechtslehrern ſtreitig. Der Streit iſt aber im Grunde nichts als Logomachie (*[1]). Juſtinian giebt deren drey an: *perſonas*, *res*, *actiones*, und dabey kann man gar füglich bleiben. Denn alle Rechte, welche einem Menſchen zuſtehen, beziehen ſich entweder auf ſeinen perſönlichen Zuſtand; oder auf äuſſerliche Dinge, die

die wir zur Nothdurſt, Bequemlichkeit oder Vergnügen gebrauchen. Jene machen das *ius perſonarum*, dieſe das *ius rerum* aus. Es giebt aber noch ein gewiſſes Mittel, wodurch man im Staate ſeine Anſprüche verfolgt und geltend macht, die Vorſtellung meines Rechtes bey dem Richter; dieß heiſt Klage, *actio*. Folglich giebt es drey Rechtsgegenſtände, perſonas, res, actiones. Im erſten Buch der Inſtitutionen wird von den Perſonen, im zweyten, dritten und den erſten fünf Titeln des vierten Buchs von Sachen, und im ſechſten und folgenden Titeln dieſes Buches von Actionen gehandelt.

(1) *Huber* digreſſ. lib. 4. C. 1.

Tit. III.

De Iure perſonarum.

§. 61. Begriff des Menſchen und der Perſon.

Wir erhalten in dieſem §. zwey Definitionen und einen Folgeſatz daraus. Die erſte Definition heiſt: *homo* eſt, cuicumque mens ratione praedita in corpore humano contingit. Alſo zu einem Menſchen gehört 1) menſchlicher Körper; 2) Seele, die der Vernunft fähig iſt. Wird etwas vom Weibe gebohren, das keinen menſchlichen Körper hat: ſo heiſt es monſtrum, und hat die Rechte der Menſchen, z. E. das Erbrecht nicht. Ob aber ein Körper menſchlich ſey, iſt hauptſächlich aus dem Kopfe zu beurtheilen. Iſt dieſer menſchlich, ſo macht Mißgeſtalt der übrigen Glieder die Geburt nicht zum Monſtrum, iſt er aber nicht menſchlich, ſo iſt die Leibesfrucht nicht als ein Menſch anzuſehen, wenn auch alles übrige menſchliche Geſtalt hätte (*1). Die Seele muß der Vernunft fähig ſeyn. Man glaubt, daß ſie es ſey, wenn der Körper menſchlich iſt. Daß ſie den wirklichen Gebrauch der Vernunft habe, iſt nicht erforderlich. Raſende und Blödſinnige haben die Rechte der Menſchen, ob ſie gleich die Vernunft nicht gebrauchen können.

Die zweyte Definition iſt: *perſona* eſt homo cum ſtatu quodam civili conſideratus. Folglich eine Perſon heiſt nur der Menſch, der einen bürgerlichen Zuſtand, der Rechte im römiſchen Staat hat. Menſch und Perſon ſind alſo wie Geſchlecht und Gattung unterſchieden. Jede Perſon iſt ein Menſch, nicht jeder Menſch eine Perſon. Es giebt Menſchen, die der römiſche Juriſt nicht für Perſonen gelten läßt. Man ſehe den folgenden §. am Ende.

Da die Perſönlichkeit eines Menſchen von ſeinem Zuſtande, und folglich von ſeinen Rechten abhängt, ſo ſieht man zuweilen mehrere Menſchen, weil

ſie

ſie einerley Rechte, einerley Zuſtand haben, als Eine Perſon an, und nennt ſie eine **moraliſche Perſon.** Eine moraliſche Perſon beſteht alſo aus mehreren **phyſiſchen Perſonen.** Z. E. eine Dorfgemeinde iſt eine moraliſche Perſon, weil alle einzelne Gemeindsglieder, als Gemeindsglieder betrachtet, einerley Rechte haben. Weil aber auch derſelbe Menſch verſchiedene Zuſtände haben, d. i. in verſchiedener Rückſicht bald dieſe bald andere Rechte haben kann: ſo kann Ein Menſch zwey und mehrere Perſonen vorſtellen. Z. E. der Kayſer ſtellt eine andere Perſon als Kayſer, eine andere als Erzherzog von Oeſterreich vor. Wer das Bürgerrecht in zwey Städten hat, iſt eine doppelte Perſon ꝛc. Mehrere Beyſpiele giebt Hert (* 2).

(1) Dieß iſt wenigſtens die in den römiſchen Geſetzen L. 14. D. de ſtat. hom. und L. 3 C. de poſt. hered. inſtit. gegründete Lehre. Ob aber dieſe Geſetze auf richtigen phyſiologiſchen Gründen beruhen, iſt eine andere Frage. M. ſ. *Hartleben* meditat ad pandect. vol 1. part. 2. ſpec. 16. med. 2.

(2) *Hert* diſſ. de uno homine plures ſuſtinente perſonas, in opuſc. Vol. 1. Part. 3. n. 3.

§. 62. Begriff des Zuſtandes.

Perſon iſt ein Menſch, welcher einen bürgerlichen Zuſtand beſitzt. Was iſt alſo **Zuſtand**, was iſt **bürgerlicher Zuſtand**? Zuſtand heiſt bey den Rechtsgelehrten eine **Eigenſchaft, vermöge deren ein Menſch gewiſſe Rechte beſitzt.** Alſo 1) eine Eigenſchaft gehört zu dem Zuſtande; dieſe mag nun innerlich oder äuſſerlich, vorübergehend oder beſtändig ſeyn; 2) eine ſolche, aus welcher Rechte entſtehen. Andere Eigenſchaften kommen bey den Juriſten nicht in Betrachtung. Z. E. **Minderjährigkeit, Krankheit, Blödſinn, Freyheit** ſind Eigenſchaften, woraus gewiſſe Rechte flieſſen. Der Kranke hat andere Rechte, als der Geſunde; der Blödſinnige andere, als der Vernünftige; der freye Menſch hat Rechte, welche dem Sklaven fehlen. Alle dieſe Eigenſchaften machen alſo einen juriſtiſchen Zuſtand aus.

Dieſer Zuſtand iſt aber zweyerley, entweder natürlicher, oder bürgerlicher. **Natürlicher Zuſtand** (*ſtatus naturalis*) heiſt hier eine **natürliche, innerliche, phyſiſche** Eigenſchaft, aus welcher Rechte entſtehen; **bürgerlicher** (*ſtatus civilis*) eine **äuſſerliche, moraliſche** Eigenſchaft, ein **Verhältniß**, welches Rechte nach ſich zieht. Z. E. Krankheit, Blödſinn, Minderjährigkeit, weibliches oder männliches Geſchlecht gehören zum natürlichen Zuſtande. Denn dieſe Eigenſchaften liegen in dem **Menſchen, ſind phyſiſch.** Aber daß ich ein freyer Menſch, ein pater familias, ein filius familias, ein Bürger, ein Fremder bin, dieß ſind blos äuſſerliche Eigenſchaften, Verhältniſſe. Sie gehören alſo zum bürgerlichen Zuſtand.

Betrachtet man die Menſchen in natürlichen Zuſtand, ſo ſind ſie 1) entweder ſchon gebohrne, oder Embryonen, d. i. empfangen, aber noch nicht gebohren. Die Embryonen haben in gewiſſer Maaſſe ſchon die Rechte der Menſchen. (* [1])

2) Entweder Manns- oder Weibsperſonen. Die Rechte der leztern gehen in manchen Stücken von den Rechten der erſtern ab. Z. E. Weibsperſonen gelangen zu keinen öffentlichen Aemtern, können ſich nicht verbürgen, erben nicht in Lehn- und Stammgütern ꝛc. (* [2]) Die Mannsperſonen ſind entweder zum Kinderzeugen fähig oder nicht. Die lezte heiſſen Spadonen in allgemeinem Verſtande, und ſind entweder Caſtraten, verſchnittene, oder Spadonen in eigentlicher Bedeutung. Spado heißt nemlich in eigentlichem Sinne des Worts ein Menſch, der von Natur einen Mangel an den Zeugungstheilen hat; Caſtrat, oder verſchnittener, der ſie verlohren hat. (§. 146.)

3) Entweder Geſunde oder Kranke. Kranke ſind entſchuldiget, wann ſie einen gerichtlichen Termin verſäumen, wann ſie zur Vormundſchaft beſtellt werden, man verſchont ſie mit der Folter und Leibesſtrafen (* [3]).

4) Entweder mit den Sinnen begabt, oder deren beraubt. Z. E. Die Blinde und Taube haben in vielen Stücken andere Rechte als Sehende und Hörende.

5) Entweder vernünftig oder wahnſinnig. Die leztere können keine gültige Verträge ſchlieſſen, kein Teſtament machen, bekommen einen Curator ꝛc. Die vernünftige haben entweder den vollen Gebrauch ihres Verſtandes, oder ſind einfältig, ſtupid. Dieſe können zwar rechtliche Handlungen gültig vornehmen, doch iſt man geneigter die Einrede des Betrugs und der liſtigen Ueberredung gegen ihre Geſchäfte gelten zu laſſen, als bey ganz vernünftigen.

Die Wahnſinnigen werden in den römiſchen Geſetzen in *furioſos* und *mente captos* eingetheilt. Mente captus oder demens heißt einer, welcher ſeinen Verſtand verlohren hat, übrigens ſich ruhig hält, furioſus ein Raſender. Der mente captus hat entweder nur einige närriſche Grillen, und handelt im übrigen vernünftig, oder er hat den Gebrauch des Verſtandes ganz verloren. Von der erſten Art kenne ich einen im Hoſpital Hofheim unweit Darmſtadt. Dieſer ſpricht und handelt wie ein vernünftiger Menſch. Nur ſobald die Rede von Ayrers bekanntem Buche: proceſſus ſatanae contra Ieſum entſteht, welches er beſizt, ſo fängt er über die darin oft vorkommende Abkürzung I. V. N. (Jeſus von Nazareth) auf das ſeltſamſte zu radotiren an. Zuweilen verſtehen indeſſen unſre Geſeze unter einem mente capto, den, der ſeinen Verſtand ohne Hoffnung der Beſſerung verlohren hat,

und keine Zwiſchenräume des Blödſinnes hat; unter einem furioſo aber einen der raſet, aber doch zu **gewiſſen Zeiten** vernünftig iſt, oder **wahrſcheinlich hergeſtellt werden kann.** (*[4]) S. unten §. 112.

5) Entweder **Minderjährige** oder **Großjährige.** Jene ſind entweder **mündig**, oder **unmündig**. Minderjährig nemlich (minor, minorennis), heißt ein Menſch, ehe er 25 Jahr alt iſt; Großjährig, (maior, maiorennis) wann er das 25 Jahr zurückgelegt hat. Unmündig iſt eine Mannsperſon vor zurückgelegtem vierzehenden; eine Weibsperſon vor zurückgelegtem zwölften Jahre. Sind dieſe Jahre zurückgelegt, ſo fängt die **Mündigkeit** an. Doch heißt ſie noch zur Zeit die **unvollkommene Mündigkeit** (*pubertas minus plena*). Die **völlige** (*plena*) fängt bey Weibsperſonen im funfzehnden Jahre an, bey Mannsperſonen im achtzehenden. §. 4. I. de adopt. L. 14. §. 1. D. de alim. legat. Man ſehe unten §. 217. Die Impuberes ſind entweder *infantes* oder *infantia maiores*. **Kind**, *infans* heißt der Menſch, welcher noch nicht das ſiebende Jahr zurückgelegt hat. Infantia maiores ſind entweder *infantiae proximi* oder *pubertati proximi*. Wie dieſe Arten unterſchieden ſind, iſt ſehr zweifelhaft, und die Juriſten haben mancherley Meynungen darüber (*[5]). Accurſius (*[6]) aber, dem die meiſte neueſte Rechtsgelehrten (*[7]) beypflichten, ſagt, man muß bey Weibsperſonen den Raum vom 7ten bis zum 12ten Jahr halbiren. Wann eine die Hälfte dieſes Weges noch nicht zurückgelegt hat, das heißt noch nicht 9½ Jahr alt iſt: ſo iſt ſie infantiae proxima; ſind aber dieſe Jahre vorbey, ſo heißt ſie pubertati proxima. Bey Mannsperſonen muß man den Weg vom 7ten bis zum 14ten Jahre halbiren. Haben ſie 10½ Jahr zurückgelegt, ſo ſind ſie pubertati proximi, vorher aber infantiae proximi Die Stufen des Alters folgen alſo dergeſtalt auf einander,

bey Mannsperſonen:		bey Weibsperſonen:	
|	infans	|	infans
7	infantiae proximus	7	infantiae proxima
10½	pubertati proximus	9½	pubertati proxima
14	pubes minus plene	12	pubes minus plene
18	pubes plene	14	pubes plene
25	maior	25	maior.

Der

Der bürgerliche Zuſtand iſt entweder Zuſtand der Freyheit, oder des Bürgerrechts, oder der Familie; (ſtatus *libertatis*, *civitatis*, *familiae.*) In Abſicht auf den Zuſtand der Freyheit ſind die Menſchen entweder freye, oder Sklaven; im ſtatu familiae entweder *homines ſui iuris* oder *alieni iuris*; endlich in Rückſicht auf den ſtatum civitatis entweder *cives* oder *peregrini*.

Noch ein Axiom ſteht im §. welches ein Folge aus dem Begriff einer Perſon iſt. Wer keinen bürgerlichen Zuſtand hat, iſt keine Perſon, ſondern wird in die Claſſe der Sachen gerechnet. Dergleichen ſind nach römiſchem Rechte die Sklaven (ſervi.) Sie haben keinen einzigen bürgerlichen Zuſtand, gar keine Rechte im römiſchen Staat; daher werden ſie auch nicht als Perſonen, ſondern als Sachen, res angeſehen.

Anmerkung. Die römiſche Juriſten reden nur von drey Civilzuſtänden, weil nur dieſe drey eine Verſchiedenheit in den gemeinen Rechten (*iuribus communibus*) nach ſich ziehen. Der Freye hat andere gemeine Rechte als der Sklave, dann dieſer hat gar keine bürgerliche Rechte; der Bürger hat andere gemeine Rechte als der Fremde; der filius familias andere als der pater familias. Es giebt aber noch viele ſtatus civiles, welche eine Verſchiedenheit in Anſehung der beſonderen Rechte (iurium *particularium*) wirken.

Dergleichen iſt, um von mehreren nur einige anzuführen, (1) ſtatus exiſtimationis. Mein Name, Ruf, Gerücht, *fama*, *exiſtimatio* heißt das Urtheil anderer Menſchen von meinen moraliſchen Eigenſchaften. Legen mir Andere moraliſche Vollkommenheiten bey, ſo habe ich einen guten Namen; ſchreiben ſie mir aber moraliſche Unvollkommenheiten zu, ſo iſt mein Name böſe. Der Schade, den jemand an ſeinem guten Namen leidet, heißt Ehrloſigkeit, *infamia*. Dieſe iſt nach der Meynung vieler Juriſten zweyerley, entweder *infamia iuris* oder *facti*. Wenn die Geſetze ſelbſt einen Menſchen für ehrlos, ſchändlich, nichtswürdig erklären, weil er eine ſchändliche Handlung begangen hat: ſo hat er infamiam iuris. Hingegen wann jemand Handlungen begeht, die ihn in den Augen vernünftiger, wohldenkender Menſchen verächtlich machen, auf die aber doch nicht in den Geſetzen die Strafe der Ehrloſigkeit geſetzt iſt: ſo ſoll er infamiam facti haben. Ob dieſe Diſtinction in den Geſetzen gegründet ſey, und ob die infamia facti rechtliche Wirkungen habe, iſt zweifelhaft (* [8]). Unter den Menſchen, die nicht ehrlos ſind, giebt es einige, die *levis notae maculam* haben. Wer ſind dieſe? Man bemerke 1) der Ausdruck levis notae macula kommt in der L. 27. C. de inoff. teſtam. vor, wo es heißt, die Geſchwiſter könnten querelam inofficioſi anſtellen, wenn der Verſtorbene einen Erben eingeſetzt habe, wel-

cher *infamiae* oder *turpitudinis*, oder *levis notae maculam* habe. 2) Dieſes Geſetz iſt aus der L. 1. et 3. Cod. Theodoſ. eod. zuſammengeſchmolzen, aber ſehr verändert und entſtellt. Was übrigens in der L. 17. Cod. Iuſt. levis notae macula genennt wird, heißt in der L. 3. Cod. Theodoſ. *levis nota.* 3) Wer ſind alſo die Perſonen, welche levem notam, oder levis notae maculam hatten? Heineccius (* 9) macht es ſehr wahrſcheinlich, daß darunter die zu verſtehen ſind, welche nach dem Papiſch-Poppäiſchen Geſetz ſich nicht mit Perſonen von Senatoriſchem Stande verheyrathen durften, (§. 125.) alſo a) Schauſpielerkinder (quorum parentes artem ludicram fecerant, b) öffentliche Huren, und c) freygelaſſene. 4) Die Wirkung der levis notae macula war demnach, daß a) ſolche Leute von der Heyrath mit Perſonen aus dem ordine ſenatorio ausgeſchloſſen waren; b) daß die Geſchwiſter querelam inofficioſi anſtellen konnten, wenn ſie eingeſetzt waren. (§. 473.) Juſtin und Juſtinian aber haben die erſte Wirkung in der L. 23. C. de nupt. Nov. 77. Cap. 3. Nov. 89. Cap. 15. gänzlich aufgehoben; und in Anſehung der zweyten iſt in der L. 27. C. de inoff. teſtam. die Einſchränkung gemacht, daß wegen der Einſetzung eines freygelaſſenen die Geſchwiſter nur alsdann klagen können, wenn ein undankbarer freygelaſſener zum Erben ernennt iſt.

Dieß iſt der wahre römiſche Begriff von der levis notae macula. Die neuere Juriſten aber haben mit dieſem Ausdruck eine ganz andere Bedeutung verbunden. Sie fanden nemlich in Deutſchland viele Gattungen von Menſchen, welche ob ſie gleich nichts unerlaubtes und ſchändliches begehen, doch verächtlich waren, und weder in Gilden oder Zünfte, noch zu öffentlichen Aemtern zugelaſſen wurden, ja an einigen Orten nicht einmal das Bürgerrecht bekommen konnten.. Dergleichen waren wegen ihrer Geburt uneheliche Kinder, und wegen ihrer Profeſſion, Leinweber, Barbierer, Schäfer, Schweinſchneider, Müller, Zöllner, Pfeifer, Trompeter, Bader, Gerichtsknechte, Feldhüter, Nachtwächter, Todtengräber, Bettelvögte, Gaſſenkehrer, Scharfrichter, Abdecker, ꝛc. Sie legten alſo dieſen Leuten levis notae maculam bey. Durch die Reichsgeſetze, Pol. Ordn. vom J. 1577. Tit. 38. Reichsſchluß von 1731. §. 4. und Reichsſchl. vom 30. April 1772. iſt dieſe levis notae macula faſt bey allen benennten Perſonen abgeſchafft worden. Nur bey zwey Gattungen iſt noch etwas davon übrig. Nemlich (1) uneheliche Kinder werden ohne Legitimation nicht in Gilden aufgenommen. Auch ſchließt ſie die Kammergerichtsordnung Part. 1. tit. 3. §. 1. tit. 30. §. 1. von den Beyſitzerſtellen aus. Zu andern öffentlichen Aemtern werden ſie heutiges Tages an allen Orten, wo man vernünftig denkt, zugelaſſen. Eben ſo wenig können (2) Abdecker oder Schinder in Zünfte und Aemter gelangen.

langen. Auſſer dieſen ſoll, wie der Reichsabſch. von 1577. ausdrücklich ſagt, keine Profeſſion oder Handthierung von den Handwerkern ausſchlieſſen.

Ein zweyter hierhergehöriger Stand iſt der *ſtatus clericalis*. Die Geiſtliche haben in manchen Stücken andere Rechte als die Laien. S. z. E. §. 126. §. 245. §. 838. §. 885. Ein dritter der Militärſtand. Die Bürger ſind nach römiſchem Recht entweder *milites* oder *pagani*; jene thun entweder noch Dienſte, oder ſind *veterani*. Ein vierter iſt der Stand der Perſonen, welche öffentliche Aemter bekleiden, dergleichen ſind magiſtratus, ſenatores, etc. Ihnen ſind die Privatperſonen entgegen geſetzt. Ein fünfter Stand beziehet ſich auf den Gebrauch, den ein Menſch von ſeinem Vermögen macht. In Rückſicht deſſen ſind die Menſchen entweder Verſchwender oder nicht. Der ſechste auf die Religion. Ein Menſch bekennet ſich entweder zur chriſtlichen Religion oder nicht. Im letzten Fall heißt er ein Ungläubiger (*infidelis*), und inſonderheit *apoſtata*, wenn er die chriſtliche Religion verlaſſen hat. Im erſten Fall iſt er entweder ein orthodoxer Chriſt oder ein Ketzer (*haereticus*.) Von den Rechten dieſer verſchiedenen Stände wird gelegenheitlich ſoviel beygebracht werden, als für die Inſtitutionen gehört.

(1) *Iuſt. Henn. Boehmer* introd. in ius dig lib. 1. tit. 5. §. 6. Die Schriften von den Rechten der Embryonen ſ. in der Lipeniſchen Bibl. art. naſcituri. Auſſerdem gehört hierher *Al. Arn. Pagenſtecher* diſſ. de ventre, welche deſſen aphoriſm. ad Inſt. edit. 3. beygedruckt iſt, und *Io. Alb. Spies* diſſ. de iure hominum naſciturorum.

(2) Ueber die weibliche Rechte hat man viele Schriften. Die neueſte iſt Carl Ludw. Röslin Abh. von den beſondern weiblichen Rechten, Stuttgard 1775. und 1777. 2 Theile in 8.

(3) *Io. Henr. Berger* diſſ. de privileg. aegrotorum, in diſſ. ſelect. n. 16.

(4) *Vigl. Zuichemus* ad §. 1. Inſt. quib. non eſt permiſſ. *Vinn.* ad §. 4. I. de curat *Otto* in not. ibid. *Thomaſii* diſſ. de praeſumtione furoris et dementiae §. 7. in collect. diſſ. tom. 4. p. 352.

(5) *Io. Franc. Fara* de eſſentia infantis, proximi infantiae et proximi pubertati, in tract. tractat. tom. 8. *Hunnius* reſolut. lib. 1. tract. 4. quaeſt. 10. *Vinn* ad §. 10. I. de inutil. ſtip. *Io. Harpprecht* ad pr. Inſt. de auct. tut.

(6) *Accurſ.* ad §. 10. Inſt. de inutil. ſtip. et ad L. 1. D. de novat.

(7) *Coccei* iur. controv. tit. de pact. Qu. 29. *Vinnius* l. c. *Müller* ad *Struv.* tit. de pact. th. 39. lit β. *Stryk* ad *Lauterb.* tit. de privat. delict. verb. *pubertati proximis*. *Hellfeld* iuriſpr. for. §. 130.

(8) Verworfen wird die infamia facti von *Donell.* in *commentar.* iur. civ. lib. 18. cap. 6. *Titio* in iur. privat. Lib. 3. p. 3. §. 11. ſqq. *Strecker* diſſ. de non ente civili, infamia facti, §. 25. ſqq. *Georg. Lud. Boehmer* diſſ. de querel. inoff. donat. fratr. §. 10. ſqq. *Einert.* diſſ. praeter unam infamiam iuris nullam exiſtere infamiae ſpeciem §. 6. *Selchov.* ſelect. capita doctrinae de infamia, ſect. 1. §. 3. ſqq. in Elect. iur. germ. p. 444. ſqq. Daß die Römer dieſe Art der Ehrloſigkeit gekannt haben, iſt nicht zu leugnen, oder

man müßte glauben, daß ſchlechte Handlungen bey ihnen nicht eben ſowohl Verachtung nach ſich gezogen hätten, als bey uns. Auch ſagt L. 25. C. ad L. Iul. de adult. cum ancillas compreſſiſſe, et non liberas ſtupraſſe detectum ſit, ex huiusmodi ſententia *gravatam potius opinionem*, quam infamia afflictam eſſe, manifeſtum eſt. Aber ſie haben dieſe Verachtung nicht *infamiam* genennt, und ſie hat keine rechtliche Wirkung, auſſer der einzigen, daß ein ſolcher Menſch kein völlig glaubwürdiger Zeuge iſt. L. 3. pr. D. de teſtib. *Stryk* uſ. mod. Lib. 22. tit. 5. §. 2. *Lauterb.* colleg. theor. pract. eod. tit. § 18.

(9) *Heineccii* diſſ. de levis notae macula, in ſyllog. opuſc. pag. 266. ſqq. S. auch *Georg. Lud. Boehmer* diſſ. cit §. 13. ſq. *Selchov* diſſ. cit. §. 5.

§. 63. Eintheilungen der Menſchen in Abſicht der Freyheit.

Betrachtet man die Menſchen in Rückſicht auf den Zuſtand der Freyheit: ſo ſind ſie entweder **freye Menſchen**, oder **Sklaven**, **Knechte**, *ſervi*. Die freye ſind entweder **Freygebohrne**, (ingenui) oder **Freygewordene** (libertini.) Die Begriffe eines **Freyen**, **Sklaven**, **Freygebohrnen** und **Freygewordenen** werden alle im folgenden beſonders erklärt werden.

§. 64. Begriff des Sklaven und Freyen.

Was iſt ein **Freyer**, was ein **Sklave**? Wir müſſen, ehe wir dieſe Fragen beantworten können, zuvor unterſuchen, was die poteſtas dominica, die herrſchaftliche Gewalt bey den Römern war.

Man bemerke alſo 1) die **Gewalt**, (*imperium*, *poteſtas*), welche ich über einen andern Menſchen habe, beſteht entweder in dem Recht über dieſen Menſchen und ſeine Kräfte zu meinem Nutzen nach Gefallen zu diſponiren; oder blos in dem Recht ſeine Handlungen zu einem gewiſſen Zwecke zu lenken. Im **erſten Fall** heiſt ſie *poteſtas* in eigenthümlichem Verſtande, im letztern aber *imperium* im eigentlichen Sinne. Die Gattungen der poteſtatis im römiſchen Recht ſind **die Gewalt eines Herrn über ſeine Sklaven**; (poteſtas dominica) die **väterliche Gewalt**, (patria poteſtas) und die **Gewalt des Ehemannes**, wofern ſich die Frau ihr unterworfen hatte, *ſi uxor in manum convenerat*. Gattungen des imperii hingegen ſind: das *imperium civile*, oder die Gewalt eines Landesherrn über ſeine Unterthanen; **die Gewalt eines Vormunds über ſeine Pflegbefohlnen**; die heutige Gewalt **eines Hausherrn über ſeine Bediente; des Ehemanns über ſeine Frau.**

2) Der Zuſtand eines Menſchen, der ſich in der Gewalt eines Herrn (poteſtate dominica) befindet, heiſt die **Sklaverey**, *ſervitus*. Die eigentliche Beſchaffenheit der herrſchaftlichen Gewalt bey den Römern wird im 8ten Titel gezeigt werden.

3) Frey heiſſen die, welche entweder gar nicht in der Gewalt eines Herren ſind, oder doch mit Unrecht darin gehalten werden; Sklaven hingegen diejenige, die ſich mit Recht in der herrſchaftlichen Gewalt befinden. Hieraus folgt a) etwas anders iſt liberum eſſe, und etwas anders in libertate vivere. Jemand kann frey ſeyn, ob er ſich gleich in der Gewalt eines Herrn befindet und alſo die Freyheit nicht beſitzt. Wann mich z. E. Räuber aufheben, und in die Sklaverey verkaufen: ſo bin ich darum kein Sklave. b) Auch ſervire oder in ſervitute eſſe, und ſervum eſſe iſt verſchieden. Wer ſich in einer unrechtmäßigen Sklaverey befindet, ſervit, in ſervitute eſt, aber er iſt nicht ſervus. c) Wann ich einen Menſchen als Sklaven beſitze, der doch wirklich frey iſt, und ſich in einer unrechtmäßigen Sklaverey befindet, ohne zu wiſſen, daß es mit ihm dieſe Beſchaffenheit habe, ſo ſagt man: homo mihi bona fide ſervit (* [1]).

(1) Die vorzüglichſte Schrift von dieſer Materie iſt *Georg d'Arnaud* diſſ. duae de iure ſervorum et de his, qui pretii participandi cauſa ſeſe venundari patiuntur. Leovard. 1744. 4.

§. 65. Rechtsſätze vom Sklaven.

Ein Sklave iſt ein Menſch; dafür lieſſen ihn die römiſche Geſetze gelten. Sie ſagen daher auch, daß er *naturaliter* d. i. nach dem Naturrecht verpflichtet werde, wann er einen Contract ſchlieſt. *L.* 14. *de oblig. et act.* Sklaven und Sklavinnen, die zu nahe Verwandten ſind, dürften einander nicht heyrathen. *L.* 14. *§.* 2. 3. *de ritu nuptiarum.* Aber im Staate iſt er *ἀπρόσωπος*, keine Perſon. Er hat kein caput, d. i. keinen bürgerlichen Zuſtand; er iſt im Staate als eine Nulle anzuſehen, iſt bürgerlich tod, hat gar keine Rechte, weder Rechte der Freyheit, noch Familienrechte, noch Bürgerrechte.

§ 66. Einige Menſchen werden als Sklaven gebohren.

Eine gerechte Sklaverey kann auf mancherley Art entſtehen. Jemand kann ein Sklave von Geburt an ſeyn, er kann aber auch frey gebohren ſeyn, und in die Sklaverey gerathen. Von Geburt an ſind Sklaven **die Kinder** einer Sklavin. Ob dieß dem Naturrecht gemäß ſey, iſt eine Frage, die nicht hierher gehört. Genug, daß es die römiſche Geſetze verordnen. Dann die Sklavinnen ſind res, mein Eigenthum, ſo gut als meine Pferde, Kühe und Schaafe. Daher gehört das, was die Sklavin gebiert, eben ſo gut mein, als was von meinen Stuten, Kühen und Schaafen fällt. Partus ſequitur ventrem ſagen die Juriſten. Wem die Mutter (venter) gehört, dem gehört auch das Kind (partus) als ein Zuwachs.

§. 67.

§. 67. Zuweilen wird ein Freyer zum Sklaven.

Wenn ein freyer Menſch in die Sklaverey fällt, ſo trägt ſich dieſes entweder nach dem Naturrecht, oder nach dem römiſchen Recht zu. Das Naturrecht erklärt die Kriegsgefangene zu Sklaven. So glaubten wenigſtens die römiſche Geſetzgeber. Sie ſagen, ich kann meinen Feind im Krieg tödten; bediene ich mich alſo dieſes Rechtes nicht, ſchenke ich meinem Feinde das Leben, ſo bin ich befugt ihn zum Sklaven zu machen. Aber wie wenig gründlich dieſes Raiſonnement ſey, haben Montesquieu (* [1]) und Rouſſeau (* [2]) gezeigt. Das Recht meinen Feind zu tödten, habe ich nur alsdann, wann ich ſchlechterdings meines Leibes, Lebens oder Vermögens nicht ſicher bin, ſo lange er lebt. Mache ich ihn zum Sklaven, ſo gebe ich zu erkennen, daß ich auch bey ſeinem Leben ſicher ſeyn könne. Ich hatte alſo kein Recht ihn zu tödten.

Noch ein paar Etymologien zeigt unſer Autor an, die im §. 3. I. h. t. vorkommen. Servus ſoll daher ſeinen Namen haben, quia *ſervatus* non occiſus eſt; mancipium aber quia *manu captum* eſt.

In der Anmerkung ſteht, dieſe und ähnliche Etymologien ſeyen Reliquien von ſtoiſcher Philoſophie, die Stoiker hätten bey ihren Herleitungen nicht auf die Sprachregeln geſehen, ſondern Alluſionen gemacht, und dieſes hätten die Juriſten, als ächte Stoiker nachgeahmt. Ueber die angebliche Stoicismen in unſerm corp. iuris habe ich ſchon oben meine Meynung geſagt. (§. 18.) und wiederhole ſie auch hier. Richtig iſt übrigens, daß die römiſche Juriſten ſeltſame Wortleitungen geben. Sie ſuchen die einzelne Kennzeichen einer Idee in den Sylben des Worts auf, das dieſe Idee bezeichnet. *Teſtamentum* ſoll daher benennt ſeyn, weil es eine teſtatio mentis iſt; *mutuum*, quia ex meo fit tuum; *diuortium*, weil zwiſchen ſolchen Ehegatten eine diverſitas mentium ſey. Mit eben ſo vielem Grund leitete jemand aſinus von dem Griechiſchen Privativ α und ſinus her, weil man einen Eſel nicht auf den Schooß ſetze, und einen Biſchof von beiſſen und Schaaf, weil er die Schaafe beiſſe.

(1) Eſprit des loix, Livre 15. chap. 2.
(2) Contract ſocial, Livre 1. chap. 4.

§. 68. Fortſetzung.

Nach neuerem römiſchen Recht werden 1) Sklaven, diejenige, die ſich freywillig als Sklaven verkaufen laſſen, in der Abſicht den Käufer um den Kaufſchilling zu betrügen, wofern ſie älter als 20 Jahre ſind. Ein freyer Menſch ließ ſich von einem andern Betrüger als Sklaven verkaufen; berief ſich hernach auf ſeine Freyheit; gab vor, der Verkäufer habe ihn in einer unrecht-

mäſigen Sklaverey gehalten, und wann er nun los kam, theilte er den Kaufſchilling mit ſeinem Helfershelfer. Ein ſolcher Menſch ſoll vermöge eines Senatusconſult, das unter Kayſer Klaudius gemacht wurde, zur Strafe ein Sklave bleiben, wann er über 20 Jahr alt iſt (* [1]). Dann iſt er jünger: ſo wird ſeinem Unverſtand etwas zu gut gehalten. Wie aber wenn ſich ein Menſch aus Noth ehrlich und öffentlich in die Sklaverey begab, wurde er nicht auch dann ein Sklave? Nein, dieß hielten die Römer nicht für erlaubt. Servitus voluntaria pactitia iſt im römiſchen Recht ganz unbekannt. L. 37. D. de liberali cauſa (* [2]).

2) Kann jemand in die Sklaverey fallen, wann er gegen ſeinen Patron undankbar iſt. Wann ich einen Sklaven frey laſſe, ſo heiſt er mein *libertus*, ich ſein Patron. Begehe ich gegen ihn eine Undankbarkeit, leiſte ihm das nicht, was ich ihm ſchuldig bin, (§. 81. 82.) bezeige mich ſtolz und widerſpenſtig gegen ihn, füge ihm Beleidigungen zu: ſo kann er mich in die Sklaverey zurückziehen (* [3]).

3) Kann man eines Verbrechens wegen ein Sklave, (ſervus poenae) werden. Nemlich nach den alten römiſchen Geſetzen, konnte kein freyer römiſcher Bürger am Leben geſtraft werden. Weil aber doch das Wohl des Staates Todesſtrafen zu erfordern ſchien: ſo erklärte man die Delinquenten, welche man am Leben ſtrafen wollte, zuvor für Sklaven, und dieſe Sklaverey hieß *ſervitus poenae.* Sie zog die Confiscation des Vermögens natürlicher Weiſe nach ſich; dann ein Sklave konnte kein Vermögen beſitzen. Juſtinian aber hat dieſe zum Beſten der nächſten Verwandten aufgehoben. Er nemlich in der Nov. 22. verordnet, daß wann ein zum Tode verurtheilter Miſſethäter Descendenten, Kinder, Enkel, Urenkel ꝛc. oder Aſcendenten bis auf den dritten Grad, das heiſt Eltern, Groseltern oder Urgroseltern hinterläßt, dieſe ihn erben und das Vermögen nicht confiſcirt werden ſoll. Wann aber dergleichen Verwandten nicht vorhanden ſind, ſo hat die Confiscation ſtatt.

Eine Sklaverey, die auf eine der vorhin beſchriebenen (§. 69. 70.) Arten entſtand, hieß *ſervitus iuſta*, eine jede andere *ſervitus iniuſta.* Wann alſo z. E. jemand von Straſenräubern aufgehoben und verkauft wird, ſo iſt er in ſervitute iniuſta. Man verwirre nur nicht ſervitutem iuſtam mit einer erlaubten Sklaverey, und ſervitutem iniuſtam mit einer unerlaubten. Eine Sklaverey kann erlaubt, geſetzmäſig ſeyn, und iſt doch iniuſta. Wann z. E. jemand ſo viele Schulden hatte, daß er nicht zahlen konnte: ſo ſchlug man ihn den Glaubigern als Sklaven zu. Dieſes war eine geſetzmäſige Sklaverey, und doch ſervitus *iniuſta.* Eben ſo wann der Vater ſeinen Sohn verkaufte, welches er nach dem

alten römiſchen Recht thun konnte; (§. 106. n. 2.) oder wann der Sohn ein Verbrechen z. E. ein Diebſtahl begieng, und der Vater ihn zur Erſetzung des Schadens hingab, (noxae dabat filium) welches er auch zu thun befugt war: (§. 106. n. 3.) ſo war in beyden Fällen der Sohn in einer erlaubten von dem Geſetz gebilligten Sklaverey. Indeſſen war ſie doch nicht iuſta. Wann alſo der Schuldner oder der Sohn aus dieſer Sklaverey wieder frey gelaſſen wurde: ſo war er kein libertinus, ſondern ein ingenuus, ein freygebohrner Menſch.

(1) Indeſſen ſcheint dieß ſchon vorher Rechtens geweſen und unter K. Claudius nur beſtätigt worden zu ſeyn. *Kamos* del *Manzano* de venditione liberi hominis ad L. 23. D. de lib. cauſ. apud *Meermann* in theſaur. tom. 7. p. 201. ſqq. ausführlich handelt von dieſer ganzen Sache *d'Arnaud* in der §. 64. angeführten Schrift

(2) Doch ſehe man *Car. Ferd. Hommel* diſſ. de ſervitutis per pactum conſtitutione §. 6. ſqq.

(3) *Iac. Henr. Born* diſſ. de poenis ingratorum libertorum apud Romanos, Lipſ. 1738.

§. 69. Verſchiedener Zuſtand der Sklaven.

Die Sklaven waren in Abſicht auf den Staat, auf die bürgerliche Geſellſchaft alle gleich; dann keiner hatte Rechte, keiner war eine Perſon, ſie waren alle wie todte. Auch hatte der Herr über einen Sklaven ſo viel Recht als über den andern. Indeſſen verurſachten doch die perſönliche Eigenſchaften der Sklaven im Hauſe des Herrn einen merklichen Unterſchied unter ihnen. Ein Sklave, der eine Kunſt, oder Wiſſenſchaft verſtand, wurde beſſer gehalten, als einer der nichts als grobe Handarbeiten thun konnte; einer der ſich durch Fleiß und Treue auszeichnete, wurde werther geachtet, als ein anderer. Auch die *ſtatu liberi* und *coloni* waren beſſer daran, als andere Sklaven. *Statu liber* hieß ein Sklave, dem die Freyheit nach einer gewiſſen Zeit oder unter einer gewiſſen Bedingung verſprochen war. Dieſer wurde, wann er ein Verbrechen begieng, nicht als ein Sklav, ſondern als ein freyer Menſch beſtraft. Nemlich die Sklaven wurden mit andern Strafen belegt, als freye Menſchen. Einen freyen Bürger kreutzigte man z. E. nicht, wohl aber einen Sklaven. Mit dem *ſervo colono* hat es folgende Bewandniß. Ein Sklav den ſein Herr auf ſein Landgut geſetzt hat, um es zu bauen, heiſt *ſervus adſcriptitius*, oder *glebae adſcriptus*. Dieſer war entweder ein wahrer Sklave, oder er hatte eine Art von unvollkommener Freyheit. Im letzten Fall heiſt er colonus. Ein ſolcher colonus hatte das ius connubii und konnte etwas eigenes beſitzen. Wann er nemlich dem Herrn ſeine Abgaben entrichtet hatte, ſo war der übrige Erwerb ſein eigen; kurz er war ungefehr das, was unſre Leibeigne ſind (* 1).

(1) Doch

(1) Doch nicht völlig, wie Leyſer Sp. 16. med. 2. glaubt. Man ſ. G. L. Böhmer in praef. ad Tom. I. Exercit. patern. ad pand. S. XVIII. u. ſ. f.

§. 70. Von der heutigen Sklaverey.

Wir haben heutzutage 1) **wahre Sklaven** im Sinne des römiſchen Rechts, 2) **Leibeigene**; 3) **freye Knechte und Mägde**. Wahre Sklaven ſind die Negerſklaven und die gefangene Türken (* 1). Denn da die Türken unſere Kriegsgefangene zu Sklaven machen, ſo verfahren wir mit den ihrigen auf gleiche Weiſe. Die Türkenſklaven trifft man jetzt in Deutſchland wohl nicht an, da wir ſo lange keine Kriege mit den Türken geführt haben. Negerſklaven aber werden zuweilen aus Holland und andern Reichen zu uns gebracht. Beyde Arten von Sklaven ſind nach römiſchem Recht zu beurtheilen (* 2). Dann das römiſche Recht iſt im ganzen angenommen. Der König in Preuſſen hat dieſe Sätze durch eine eigenhändige Reſolution beſtätiget, indem er erkannt hat, daß ein in Koppenhagen erkaufter und in die Preußiſche Lande eingebrachter Mohr, blos aus dem Grunde, weil er im Preußiſchen lebe, nicht auf die Freyheit provociren könne (* 3). Wir haben aber auch in Deutſchland Leibeigene. Dieſe ſind keine freye Leute, ſondern leben in der Knechtſchaft. Dann der Herr hat auf ihre Perſon ein Eigenthumsrecht. Man kann ſie 1) veräuſern, verkaufen, verſchenken, u. ſ. w. An einigen Orten nur mit dem Gut, an andern auch ohne das Gut. 2) Sie können ohne Erlaubniß des Herrn vom Gut nicht wegziehen, (fundo adſcripti ſunt), und wann ſie es thun, ſo hat der Herr das Recht, ſie zu vindiciren, das **Abforderungsrecht**, **Beſatzungsrecht**. 3) Sie müſſen Dienſte von mancherley Art, Handdienſte, und Spanndienſte leiſten; zuweilen gemeſſene, zuweilen ungemeſſene; auch 4) Abgaben entrichten, die man **Leibzinſen** nennt. 5) Müſſen ſie für die Erlaubniß zu heyrathen an vielen Orten ein Stück Geld bezahlen; es heiſt **Bedemund**, **Hemdſchilling**, **Frauenzins** u. d. g. und 6) bekommt der Herr an manchen Orten etwas aus der Verlaſſenſchaft des Leibeigenen. Dieſes iſt bald ein gewiſſes Stück Geld; bald ein Theil der Mobiliarverlaſſenſchaft, bald etwas anders. Indeſſen ſind ſie doch von den römiſchen Sklaven unterſchieden. Dann ſie haben das ius connubii, das heiſt: wenn ſie heyrathen, ſo hat ihre Ehe alle Wirkungen, welche die Ehe freyer Menſchen hat. Man ſ. unten §. 126. Sie können Eigenthum haben. Wann ſie dem Herrn ihre Dienſte und Abgaben geleiſtet haben, und alsdann noch etwas erwerben können, ſo gehört es ihnen. Ueber dieſes ihr Eigenthum können ſie auch Contracte, Kauf, Tauſch, Miethcontracte ſchlieſſen. Endlich haben ſie, wenigſtens in vielen deutſchen Provinzen, das Recht ein Teſtament zu machen. Die weitere Ausführung dieſer Sache gehört nicht in die Inſtitutionen, ſondern in das deutſche Recht. In Deutſch-

land giebt es auch freye Knechte und Mägde, die ihre Dienſte einem Herrn vermiethen. Sie ſind ſchuldig, den verſprochenen Dienſt zu thun, und der Herr iſt verbunden, ihn n die ausbedungene Koſt und Lohn zu reichen. Wann ſie ihre Schuldigkeit nicht thun, ſo iſt der Herr befugt ſie zu züchtigen (* 4). Sie haben übrigens alle Rechte anderer freyer Perſonen.

(1) *Boehmer* de act. ſect. 2. cap. 1. §. 10. et not. p. **Schmidt** Lehrbuch von Klagen §. 254. der zweyten Ausg.
(2) *Summermann* ad Prota pandect. lib. 1. tit. 5. §. 60.
(3) Beyträge zur juriſtiſchen Litteratur in den Preußiſchen Staaten ſechste Sammlung.
(4) Struben rechtl. Bed. 3 Th. 39. Bed.

§. 71. Eintheilung der freyen Menſchen.

Bisher haben wir geſehen, was bey den Sklaven Rechtens war. Wir gehen nun zu den freyen Perſonen. Dieſe ſind entweder freygebohrne oder freygelaſſene. Die Rechte der freygebohrnen kommen im vierten, die Rechte der freygelaſſenen im fünften Titel vor.

TIT. IV.

De Ingenuis.

§. 72. Was iſt ein ingenuus.

Das Wort ingenuus wird in den verſchiedenen Zeiten Roms in verſchiedenem Verſtande genommen. Zu den Zeiten der 12 Tafeln hieß einer nur alsdenn *ingenuus*, wenn ſein Vater ſchon ein freygebohrner Menſch geweſen war. War alſo mein Vater freygelaſſen worden, ſo war ich kein ingenuus. In den mittlern Zeiten heiſt einer ingenuus, deſſen Vater nur frey geweſen war, er mochte nun freygebohren oder freygelaſſen ſeyn. Wann alſo ein freygelaſſener Sklave Kinder zeugte: ſo waren dieſe ingenui. Endlich in den neueſten Zeiten ſah man blos auf die Perſon der Mutter. War dieſe eine freye Perſon, freygebohren oder freygelaſſen, ſo waren die Kinder ingenui, der Vater mochte nun ſeyn, wer und was er wollte. Alſo nach dem neuen römiſchen Recht iſt ein ingenuus ein Menſch, der von einer freyen Mutter gebohren, und nie in einer rechtmäßigen Sklaverey, (ſervitute iuſta) geweſen iſt. Der letzte Charakter iſt wohl zu bemerken. Dann wann ich gleich von einer freyen Mutter gebohren, aber in einer rechmäſigen Sklaverey geweſen bin: ſo bin ich kein ingenuus mehr; ſondern ein libertinus.

nus. Hingegen wenn ich von einer freyen Mutter gebohren, und in einer unrechtmäſigen Sklaverey (ſervitute iniuſta) geweſen bin: ſo bleibe ich ein ingenuus. Man ſ. §. 68.

Anmerkung. 1) Das Wort ingenuus kommt entweder von *gignere* her; dem ingenuus iſt die Freyheit angebohren, ingenita eſt libertas; oder von *genus*; die Freyheit ſteckt bey ihm in der Art, in genere.

2) Die ingenui heiſſen zuweilen ſchlechtweg und vorzugsweiſe liberi, obgleich die freygelaſſene auch liberi ſind. Z. E. in der angeführten L. 4. heiſt es die Menſchen ſeyen dreyerley, *liberi*, *liberti* und *ſervi*. Offenbar bedeutet hier das Wort liberi die ingenuos.

§. 73. Fortſetzung.

Ingenuus iſt, wer von einer freyen Mutter gebohren iſt. Dieſes wird in dieſem Paragraph noch näher erklärt. Es iſt nemlich nicht nöthig, daß die Mutter ihr ganzes Leben hindurch frey war. Wann ſie nur frey war zur Zeit der Conception, oder zur Zeit der Geburt, oder während der Schwangerſchaft einen Augenblick lang: ſo iſt das Kind ſchon ingenuus. Man denke ſich den Fall, daß eine freye römiſche Weibsperſon nach der Conception in die feindliche Gefangenſchaft fiel; oder daß eine gefangene Römerin in der Gefangenſchaft das Kind concipirte, und während der Schwangerſchaft wieder frey wurde. In beyden Fällen war das Kind ein ingenuus. Dieſer Satz iſt wie der §. ſagt ob favorem ingenuitatis angenommen. Die Geſetzgeber begünſtigen die Ingenuität, ſie wollen lieber, daß ein Menſch ingenuus, als daß er libertinus ſey. Daher erfordern ſie nicht, daß die Mutter ihre ganze Lebenszeit hindurch frey geweſen ſey, ſondern ſind damit zufrieden, wann ſie es nur in einem der vorhin beſtimmten Zeitpuncte war.

TIT. V.

De Libertinis.

§. 74. Was iſt ein Freygelaſſener.

Libertinus ein Freygelaſſener heiſt, der von einer rechtmäſigen Sklaverey, ſervitute iuſta, befreyt worden iſt. Wenn ich alſo entweder (* 1) als Sklave gebohren, und nachher freygelaſſen worden bin, oder wann ich ein

Freygebohrner war, und nachher in eine rechtmäſige Sklaverey gerieth, nun aber wieder davon frey werde; ſo bin ich in beyden Fällen libertinus. (* 2)

(1) Man ſ. *Thomaſii* diſſ. de uſu pract. diſtinct. hom. in ingenuos et libertinos C. 1. §. 11. not. N.

(2) Die vorzüglichſte Schrift in dieſer Materie iſt *Guil. a Loon* Eleutheria ſive de manumiſſione ſervorum apud romanos libri 4. Ultrai. 1685. 12. in Poleni theſauro antiq. Tom. III. n. 6.

§. 75. Verſchiedene Gattungen der Freygelaſſenen.

Die Befreyung aus der Sklaverey geſchieht bisweilen *ipſo iure*, das heiſt, weil es die Geſetze wollen, ohne Zuthun des Herrn; meiſtens aber durch die **Manumiſſion**, oder **Freylaſſung**. Ipſo iure wurde ein Sklav frey, wann er den gewaltſamen Tod ſeines Herrn der Obrigkeit anzeigte; wann er Krankheitswegen vom Herrn ausgeſtoſſen wurde; wann er einen falſchen Münzer, Jungfrauenräuber, oder Deſerteur entdeckte; wann ein jüdiſcher Sklave die chriſtliche Religion annahm, u. ſ. w.

Die Manumiſſion iſt **die Handlung des Herrn, wodurch er ſeinen Sklaven für frey erklärt.** Der Sklave war ein res, eine eigenthümliche Sache. So gut, als ich meine andere Sachen veräuſſern kann, ſo gut kann ich auch meinem Eigenthum über den Sklaven entſagen, und ihn freylaſſen.

§. 76. Die Freylaſſung iſt entweder feyerlich oder nicht.

Man hatte aber zweyerley Arten einen Sklaven frey zu laſſen; **feyerliche** und **nicht feyerliche.** Die feyerliche waren gröſtentheils in den älteſten Zeiten ſchon bekannt, die nicht feyerliche wurden erſt in den neuern Zeiten üblich. Zu den feyerlichen gehört manumiſſio *per cenſum*, *teſtamentum*, *vindictam*, wozu noch neuerlich manumiſſio *in ſacro ſanctis eccleſiis* kam. Nemlich alle 5 Jahre mußte ein jeder römiſcher Bürger vor dem Cenſor erſcheinen, ſeinen Namen, Alter, ſeine Kinder und ſein Vermögen angeben; dieß wurde in ein Protokoll (tabulas cenſuales) eingetragen; und dieſe ganze Anſtalt hieß Cenſus. Wann nun der Herr ſeinen Sklaven in das öffentliche Protocoll als einen freyen Menſchen einzeichnen ließ, ſo war dieß *manumiſſio per cenſum*. Erklärte der Herr in einem Teſtament den Sklaven für frey: ſo war es manumiſſio *per teſtamentum*. Und wann endlich der Herr vor der Obrigkeit, in Rom vor dem Prätor, Conſul, (§. 36.) in den Provinzen vor dem Gouverneur (proconſul) mit gewiſſen Ceremonien den Sklaven frey ließ; ſo hieß es manumiſſio *per vindictam*. Der Name ſoll daher kommen, weil der erſte auf dieſe Art freygelaſſene Sklave Vindicius hieß. Endlich *manumiſſio in ſacro ſanctis eccleſiis* beſtand darin, daß man vor der chriſtlichen Gemeinde

Gemeinde in der Kirche den Sklaven für frey erklärte, und ihm einen Freylaßbrief gab, den die Geiſtliche als Zeugen unterſchrieben.

§. 77. Gattungen von beyden Arten.

Die feyerliche Arten frey zu laſſen waren beſtimmt. Ihrer waren vier, die im vorigen §. beſchrieben worden ſind. Die nicht feyerliche Arten der Freylaſſung aber laſſen ſich nicht zählen; denn ſo oft der Herr auf irgend eine Weiſe mit Worten oder Werken erklärte, daß ſein Sklave frey ſeyn ſollte; ſo geſchah es. Die gewöhnlichſte Arten, ohne Feyerlichkeiten frey zu laſſen, hat unſer Autor genannt. Sie ſind 1) *per epiſtolam.* Man gab dem Sklaven einen Laßbrief; ein ſchriftliches Document, daß er frey ſeyn ſollte. Nach Juſtinians Verordnung ſollen 5 Zeugen dieſen Laßbrief unterſchreiben. 2) *Inter amicos.* Der Herr erklärte in Gegenwart von 5 Zeugen mündlich den Sklaven für frey. 3) *Per conuiuium*, die Sklaven ſaſſen nicht mit zu Tiſche, ſo wenig als bey uns, unter Leuten von einigem Stande, die Knechte und Mägde. Wer alſo ſeinem Sklaven erlaubte, mit ihm zu Tiſche zu ſitzen, der erklärte ihn eben dadurch für frey. 4) *Per nominationem filii.* Wenn ich meinen Sklaven vor Gericht für meinen Sohn erkläre, an Kindesſtatt annehme, ſo wird der Sklave zwar dadurch kein Sohn von mir, (denn es ſtehet nicht in der Macht des Herrn ſeinem Sklaven die Rechte eines ingenui zu ertheilen) aber doch ein freyer Menſch.

§. 78. Rechte der Freygelaſſenen.

Nach den alten römiſchen Geſetzen waren die Rechte aller freygelaſſenen einerley. Nemlich alle Freygelaſſene wurden nicht nur freye Leute, ſondern erhielten auch, wenn ſie in Rom blieben, das römiſche Bürgerrecht. Der römiſche König Servius Tullius hatte dieſes verordnet. Unter ſeinen Geſetzen war eines, welches ſagte: ut libertini, niſi vellent in patriam redire, ius civium romanorum conſequerentur.

§. 79. Fortſetzung.

Als aber die Römer viele Siege über auswärtige Nationen erfochten, und viele Kriegsgefangene machten; ſo ward die Anzahl der Sklaven in Rom ſehr gros. Manche waren ſo glücklich von ihren Herrn die Freylaſſung zu erhalten, und darunter war denn eine ziemliche Menge Taugenichtſe und liederliches Geſindel. Man hielt es daher zu Auguſts und Tiberius Zeiten nicht mehr für rathſam, allen freygelaſſenen das römiſche Bürgerrecht zu ertheilen; ſondern es wurde durch legem Aeliam Sentiam verordnet, daß ein freygelaſſener nur alsdenn das römiſche Bürgerrecht erhalten ſollte, wenn er einen unbefleckten guten Namen hatte, und durch legem Iuniam Norbanam, daß er

es

es nicht anders erhalten ſollte, als wenn er auf eine feyerliche Art manumittirt worden war. War alſo ein Sklav einmal wegen eines Verbrechens öffentlich beſtraft worden, ſo konnte er das römiſche Bürgerrecht nicht erhalten.

§. 80. Fortſetzung.

Juſtinian hat dieſe Geſetze aufgehoben, das alte römiſche Recht wieder eingeführt, und allen Freygelaſſenen das Bürgerrecht ertheilt. Ja er iſt noch weiter gegangen, und hat die ganze Diſtinction zwiſchen Freygebohrnen und Freygelaſſenen bis auf das ius patronatus abgeſchafft. Dieſes Recht alſo macht nun den einzigen Unterſchied unter beyden Arten von Menſchen aus.

§. 81. Vom Patronatrechte.

Man verſteht darunter den Inbegriff von Rechten, welche ein Patron über ſeinen libertum hatte. Wann ich nemlich einen Sklaven frey laſſe, ſo heiſt er mein *libertus*, ich ſein *patronus*. Ein libertus hatte ſeinem Patron viel zu danken. Er war ihm die Freyheit, ein unſchätzbares Gut ſchuldig. Er hatte es ihm zu danken, daß er eine Perſon geworden war, und Rechte in der bürgerlichen Geſellſchaft genieſſen konnte. Daher wurde der Patron als der nächſte Verwandte, als der Vater des Freygelaſſenen angeſehen, und der Freygelaſſene nahm auch den Namen des Patrons an.

§. 82. Fortſetzung.

Daher war ferner der libertus dem Patron 1) Ehrerbietung ſchuldig, und wann er dieſe verletzte, ſo konnte er in die Sklaverey zurückgezogen werden. (§. 68.) 2) Der libertus war dem Patron operas officiales ſchuldig, aber keine fabriles, wann er ſie ihm nicht feyerlich verſprochen hatte. Nemlich die Dienſte, welche dem Patron blos zur Ehre gereichten, hieſſen officiales; die aber, welche ihm nützlich waren, hieſſen fabriles. Wann z. E. der Patron um ein obrigkeitliches Amt nachſuchte, und als Candidat auf das Marsfeld gieng: ſo mußten ihn ſeine Freygelaſſene begleiten, und dieß war ein opera officialis. Wann hingegen der Freygelaſſene dem Patron Schuhe oder Kleider verfertigte: ſo leiſtete er ihm operas fabriles. 3) Erbte der Patron von dem Freygelaſſenen, wann dieſer ohne Kinder ſtarb, zuweilen das ganze Vermögen, zuweilen ein Drittheil, wie in dem Titel de ſucceſſione libertorum (Lib. 3. Tit. 8.) gezeigt werden wird.

§. 83.

§. 83. Vom heutigen Gebrauche dieſer Materie.

Daß wir von den verſchiedenen Arten der römiſchen Manumiſſionen heut zu Tage nichts wiſſen, iſt auſſer Zweifel. Wer einen Leibeigenen frey laſſen will, giebt ihm ein Document, das ein Laßbrief heiſt, und ein ſolcher Leibeigener iſt nun ſo frey, als ein anderer Menſch; das Patronatrecht fällt bey ihm weg. Ob aber dies auch behauptet werden kann, wann jemand einen Negerſklaven frey läßt, daran zweifle ich. Ich glaube, daß in dieſem Fall das römiſche Recht angewandt werden müſſe; folglich dem Freylaſſer die Patronatrechte über den Freygelaſſenen allerdings zuſtehen.

§. 84. Klagen aus dem Zuſtand der Freyheit.

Aus dem Zuſtand der Freyheit entſtehen vier Klagen. 1) *Actio praeiudicialis de ſtatu libertatis negativa* (* [1]), wann der Herr gegen den Sklaven klagt, der ſich für einen freyen Menſchen ausgiebt, und im Beſitz der Freyheit iſt. Der Herr muß bey dieſer Klage ſeine herrſchaftliche Gewalt (poteſtatem dominicam) beweiſen. 2) *Actio praeiudicialis de ſtatu libertatis affirmativa.* Ein freyer Menſch, der ſich in einer ungerechten Knechtſchaft befindet, ſtellt ſie gegen ſeinen anmaßlichen Herrn an; und bittet, daß man ihn für frey erkläre. Auch hier muß der Kläger den Beweis ſeines Klaggrundes führen, nemlich die Freyheit beweiſen. Nach dem alten römiſchen Rechte konnte er nicht ſelbſt klagen, ſondern ein anderer mußte es thun, welcher aſſertor hieß. Allein nach der angeführten L. 1. Cod. de aſſert. toll. kann er in eigener Perſon, oder auch durch einen Bevollmächtigten klagen. Beyde Klagen werden übrigens unter dem Namen *liberalis cauſa* begriffen, und können auch bey Leibeigenen angewendet werden; oder wie die Juriſten reden, ſie haben bey den Sklaven directe, bey den Leibeigenen utiliter ſtatt. Wann ſich nemlich mein Leibeigener für einen freyen Menſchen ausgiebt: ſo kann ich ihn *actione de libertate negativa utili* belangen, und wann ein freyer Menſch mit Unrecht als Leibeigener behandelt wird, ſo kann er *actionem de libertate affirmativam utilem* anſtellen. Die dritte hieher gehörige Klage iſt actio de ingenuitate *negativa.* Wenn ſich mein Freygelaſſener die Rechte eines ingenui anmaßt, und ſich im Beſitz derſelben befindet: ſo ſtelle ich dieſe Klage gegen ihn an, und bitte, ihn für meinen Freygelaſſenen zu erklären, und mir die Patronatrechte über ihn zuzuſprechen. Endlich die vierte iſt *actio de ingenuitate affirmativa.* Sie wird von einem Freygebohrnen angeſtellt, wann ſich jemand mit Unrecht die Patronatrechte über ihn anmaſſet, und in deren Quaſi-Beſitz iſt. Das Geſuch iſt: den Kläger für einen freygebohrnen Menſchen zu erklären, und dem Beklagten zu befehlen, daß er ſich des angemaßten Patronatrechts enthalte.

(1) Einige z. E. *Suendendoerfer* de act. forenſ. cap. 2. art. 1. 2. und Schmidt in ſeinem Lehrbuche von Klagen, §. 249. der 2 Ausg. nennen die Klage, welche der Herr anſtellt, affirmativam, und die entgegen geſetzte negativam.

TIT. VI.

Qui et ex quibus cauſis manumittere non poſſunt.

§. 85. Die Freylaſſungen ſind durch das Aeliſch Sentiſche Geſetz eingeſchränkt.

Die Römer fingen in den letzten Zeiten des Freyſtaates, als der Luxus und das Verderben der Sitten überhand nahm, an, auch in den Freylaſſungen der Sklaven auszuſchweifen. Wann z. E. ein Sklave ſeinem jugendlichen Herrn in allen Laſtern und Ausſchweifungen behülflich war, ſo hielt er ſich die Manumiſſion zur Belohnung aus. Ein verſchuldeter Herr ließ oft ſeine Sklaven los, und nach ausgebrochenem Concurs bey ihnen eine Zuflucht zu finden, that aber eben dadurch ſeinen Glaubigern einen offenbaren Schaden. Daher wurde im Jahr 757. die ſchon vorhin (§. 79.) angeführte lex Aelia Sentia gemacht, welche, auſſer den dort angezeigten Verordnungen, auch folgende zwey enthielt.

§. 86. Fortſetzung.

Daß 1) die von einem verſchuldeten Menſchen zum Schaden ſeiner Glaubiger geſchehene Freylaſſung ungültig ſeyn ſollte; 2) daß ein Menſch vor dem zwanzigſten Jahre ſeines Alters nicht anders manumittiren ſollte, als vor einem dazu beſtellten Collegium, dem er eine hinlängliche Urſache der Freylaſſung anzeigen und beweiſen mußte.

Anmerkung. Lex Aelia Sentia hat noch mehrere Verordnungen enthalten. Unſer Autor hat in ſeinen Antiquitäten am a. O. 14. Capitel dieſes Geſetzes geſammlet, und mit einem Commentar erläutert.

§. 87. Abſchaffung dieſes Geſetzes.

Juſtinian hat die legem Aeliam Sentiam zum Theil abgeſchafft. Denn nach dieſem Geſetz konnte ein Menſch vor dem zwanzigſten Jahre nicht anders manumittiren, als unter den Lebendigen. Er mußte vor dem Manumiſſionscollegio erſcheinen, und die Urſache der Manumiſſion darthun. Alſo

in einem Teſtament konnte er gar nicht manumittiren. Juſtinian aber hat dieſes erlaubt. In den Inſtitutionen giebt er einem Menſchen nach zurückgelegtem 17ten Jahre die Erlaubniß im Teſtament freyzulaſſen. In der Nov. 110. geht er noch weiter, und verſtattet dieſes jedem, ſo bald er nur mündig iſt. In ſo weit alſo iſt lex Aelia Sentia aufgehoben. Hingegen was die Manumiſſion unter den Lebendigen betrifft, ſo hat Juſtinian an dieſem Geſetz nichts geändert (*[1]).

(1) *Branchu* obſ. iuris cap. 8.

TIT. VII.

De Lege Fuſia Caninia tollenda.

§. 88. Auch das Fuſiſch-Caniniſche Geſetz ſchränkte die Freylaſſungen ein.

Ein zweytes Geſetz aus Auguſts Zeiten, wodurch man die allzuhäufige Manumiſſionen einzuſchränken ſuchte, war lex Fuſia Caninia. Es betraf die in Teſtamenten enthaltene Freylaſſungen. Die Römer lieſſen zuweilen aus übelverſtandener Barmherzigkeit oder aus Ehrbegierde auf dem Todbette alle ihre Sklaven frey. Denn die freygelaſſene begleiteten die Leiche, und eine groſſe Anzahl derſelben gab dem Verſtorbenen das Anſehen eines reichen und zugleich freygebigen Mannes. Lex Fuſia Caninia verordnete daher, daß man nur eine gewiſſe Zahl ſeiner Sklaven im Teſtamente ſollte freylaſſen können. 1) Wer 10 oder weniger Sklaven hatte, durfte nur die Hälfte manumittiren. 2) Wer zwiſchen 10 und 30 beſaß, konnte ein Drittel davon freylaſſen. 3) Hatte jemand zwiſchen 30 und 100, ſo konnte er dem vierten Theil die Freyheit geben. 4) Wann einer zwiſchen 100 und 500 hatte, ſo durfte er den fünften Theil los laſſen. 5) Hatte jemand endlich über 500 Sklaven, ſo durfte er 100, und nie mehr, manumittiren.

§. 89. Aufhebung dieſes Geſetzes.

Juſtinian hat auch dieſes Geſetz aufgehoben. Der Grund, den er anführt, iſt: es ſey unbillig einem Sterbenden zu verbieten, was ein Menſch bey geſunden Tagen thun dürfe. Da alſo ein Geſunder alle ſeine Sklaven freylaſſen könne, ſo müſſe dieſes auch einem Sterbenden erlaubt ſeyn. Allein dieſer Grund iſt nichts weniger als bündig. Einem Geſunden braucht man das manumittiren nicht zu verbieten, es ſtreitet mit ſeinem Vortheil, er

braucht ſeine Sklaven. Ein Sterbender hingegen kann leicht durch Barmherzigkeit oder Ehrgeitz verleitet werden, mehr Sklaven frey zu laſſen, als dem allgemeinen Beſten zuträglich iſt (* [1]).

(1) *Ephr. Gerhard* diſſ. de lege Fuſia Caninia, a Iuſtiniano ſublata, (Ien. 1707.) §. 15. 16. Die Urſachen, welche den Juſtinian bewogen, die alte Geſetze über die Manumiſſionen aufzuheben, untersucht *Quirin. Gottfr. Schacher* diſſ. de Iuſtiniano manumiſſionum fautore, Lipſ. 1735.

De ſtatu Civitatis.

§. 90. Eintheilung der Menſchen in Rückſicht auf dieſen Zuſtand.

Der zweyte ſtatus civilis iſt ſtatus civitatis (§. 62.) In Rückſicht auf dieſen Zuſtand ſind die Menſchen entweder Bürger oder Fremde; aut *cives* aut *peregrini*. In den alten Zeiten Roms war dieſes eine Diſtinction von der gröſten Wichtigkeit. Denn das römiſche Bürgerrecht (ius civitatis romanae, ius Quiritium) begriff ſehr groſſe und anſehnliche Rechte. Das ius civitatis publicum begriff das ius cenſus, militiae, tribus, ſuffragiorum, honorum; das ius civitatis privatum aber das ius ſacrorum, agnationis, gentilitatis, uſucapionis, commerciorum, connubii, patriae poteſtatis, hereditatis. Hier iſt nicht der Ort, dieß alles aus einander zu ſetzen. Man findet die Ausführung in des Sigonius Buch de antiq. iur. civ. rom. L. I. Cap 6. ſeqq und in unſers A. Antiquitäten Append. lib. 1. cap. 1. §. 23. ſqq. In den alten Zeiten hielt es ſehr ſchwer, wenn ein Volk das römiſche Bürgerrecht erhalten wollte. Zuerſt bekamen es in gewiſſer Maaſſe die Einwohner von Latium; nachher die ſämmtliche Bewohner Italiens; endlich gab ein Kayſer Antoninus die Verordnung, daß alle freygebohrne Unterthanen des römiſchen Reichs das römiſche Bürgerrecht haben ſollten. Ob M. Aurelius Antoninus, oder Antoninus Caracalla der Urheber dieſer Verordnung iſt, desgleichen ob Menſchenliebe oder Eigennutz deren Grund war, iſt zweifelhaft. Spanheim (* [1]) hält den K. Caracalla für den Geſetzgeber, und Geiz für den Grund des Geſetzes. Nach ſeiner Meynung hatte Caracalla keine andere Abſicht, als daß alle römiſche Unterthanen die Abgaben bezahlen ſollten, die bisher nur von römiſchen Bürgern entrichtet worden waren (* [2]). Als Juſtinian den Unterſchied zwiſchen Freygebohrnen und Freygelaſſenen gröſtentheils aufhob, (§. 80.) ſo erhielten nun auch die Freygelaſſene das römiſche Bürgerrecht. Der Unterſchied zwiſchen Bürgern und Fremden verlohr alſo ſeinen Nutzen gröſtentheils; nicht

gänzlich, denn in Anſehung der Ausländer, die keine römiſche Unterthanen waren, behielt er ſeine Wirkungen. Juſtinian hat ſeiner in den Inſtitutionen gar nicht gedacht, entweder weil er ihn nicht für ſehr erheblich hielt, oder weil er ihn zum römiſchen Staatsrecht rechnete, welches er in den Inſtitutionen nicht vertragen wollte.

(1) Ez. *Spanheim* in orbe rom. Exerc. 2. Cap. 1. ſqq.

(2) Man ſ. aber *Io. Paul. Mahner* comment. de M. Aurelio Antonino conſtitutionis de civitate univerſo orbi romano datae auctore Hal. et Helmſt. 1772. 8. worinn verſchiedene nicht unerhebliche Zweifel gegen die Spanheimiſche Meynung vorgetragen werden.

§. 91. Heutiger Gebrauch dieſer Eintheilung.

K. Friederich II. hat in der Auth. omnes peregrini Cod. commun. de ſucceſſ. den Unterſchied zwiſchen Fremden und Einheimiſchen *quoad uſum iuris communis*, alſo nicht gänzlich, aufgehoben. Das heiſt: die Fremde haben vermöge dieſes Geſetzes in Deutſchland der Regel nach dieſelbige Rechte, welche den Bürgern zuſtehen. Ich ſage der Regel nach. Eine Ausnahme hat ſtatt erſtlich der Retorſion wegen. Wenn man den Deutſchen in einem fremden Staate gewiſſe Rechte verſagt, ſo verſagen wir ſie den Unterthanen dieſes Staates auch. Hierher gehört das *ius Albinagii*, *le droit d'Aubaine*. Es beſteht darin: daß wenn in Frankreich ein Fremder ſtirbt und keine im Reich gebohrne Kinder hinterläßt, ſein Vermögen dem König heimfällt. Dieß wendet man in Deutſchland auch gegen die bey uns ſterbende Franzoſen an. Wir confiſciren das Vermögen derſelben; anderer Fremden ihres aber nicht. Indeſſen iſt dieſes droit d'Aubaine ſeit einiger Zeit durch Conventionen zwiſchen der Krone Frankreich und faſt allen Reichsſtänden aufgehoben. Nur gegen die Brandenburgiſche, Churfürſtl. und Herzogliche Braunſchweigiſche Unterthanen wird es in Frankreich noch ausgeübt (* 1). Die zweyte Ausnahme hat ſtatt, wenn jemand zur Strafe durch die Reichsacht oder Landesverweiſung ſeines Bürgerrechts beraubt wird. In dieſem Fall kann er die Rechte der Bürger nicht mehr genieſſen. Endlich die dritte Ausnahme kommt vor, wann durch ſpecielle Geſetze den Bürgern beſondere Vorrechte vor den Fremden zugeſtanden werden. Dergleichen Geſetze giebt es in Deutſchland, und zwar dreyerley. Einige betreffen das ganze deutſche Reich, andere die einzelne Provinzen, noch andere einzelne Orte. Daher giebt es in Deutſchland ein dreyfaches Bürgerrecht: das allgemeine deutſche, das provinziale und das locale.

Das allgemeine deutſche iſt der Inbegriff der Rechte, welche einem aus dem Grunde zuſtehen, weil er ein Unterthan und Mitglied des heiligen römiſchen Reichs deutſcher Nation iſt. Und dieſer Rechte ſind wenige.

a) Vermöge der Kayſerlichen Wahlkapitulation ſollen zu des Kayſers und Reichsämter nur Deutſche gelangen; b) der Kayſer ſoll niemand in den Fürſten- oder Grafenſtand erheben, als wer dem deutſchen Reich unterworfen iſt; c) die geiſtliche Beneficien ſollen an Deutſche vergeben werden. Endlich d) nimmt der deutſche Orden nur Deutſche auf. Das Provinzialbürgerrecht begreift die Rechte, welche einem zukommen, weil er der Einwohner eines deutſchen Territoriums, und der Unterthan eines Landesherrn iſt. Die Landeskinder haben z. E. an den meiſten Orten ein vorzügliches Recht auf Beförderungen und Stipendien. Auch in einigen Provinzen haben die Einheimiſchen das Abtriebsrecht, oder den Vorzug vor einem Fremden, wenn liegende Güter verkauft werden. Endlich das locale Bürgerrecht iſt der Inbegriff der Rechte, welche einem zuſtehen, weil er Bürger einer Stadt, oder Mitglied einer Dorfgemeinde iſt. Dieſes führt mancherley Vortheile mit ſich, das Recht an den gemeinen Nutzungen, (rebus univerſitatis) Waidgang, Beholzigung u. d. g. Theil zu nehmen, öffentliche Aemter in der Gemeinde zu bekommen; zuweilen auch das Recht ein Haus an dem Ort zu beſitzen; bürgerliche Nahrung zu treiben u. ſ. w. In den Reichsſtädten iſt es wichtig. **Engau** und **Meiſter** in den angeführten Schriften haben dieß alles wohl auseinander geſetzt.

(1) Schlözers Briefwechſel 52. Heft. 272 Seite.

TIT. VIII.

De his qui ſui vel alieni iuris ſunt.

§. 92. und 93. Eintheilung der Menſchen im Familienzuſtande.

Der dritte bürgerliche Zuſtand iſt der *ſtatus familiae.* Man bemerke I. das Wort familia wird im römiſchen Recht (man ſehe L. 195. D. de verb. ſignif.) entweder von Perſonen, oder von Sachen gebraucht. Wenn man es von Sachen braucht: ſo verſteht man darunter den Inbegriff aller Dinge, die ein Menſch in ſeinem Vermögen hat, inſonderheit die Verlaſſenſchaft eines Verſtorbenen. So ſagen z. E. die Geſetze der 12 Tafeln: pater familias uti legaſſit ſuper *familia* ſua, ita ius eſto. In den Pandecten handelt ein Titel de *familia* herciscunda, d. i. von Theilung der Verlaſſenſchaft. Braucht man es hingegen von Perſonen, ſo bedeutet es 1) die ſämmtliche **Sklaven**, die ein Herr in ſeinem Hauſe hat. Dieſe Bedeutung kommt ſehr

häufig

häufig vor. 2) Verſteht man einen Complexus von Agnaten darunter; oder von Perſonen, die von einem gemeinſchaftlichen Stammvater durch Mannsperſonen abſtammen. (§. 119. Note.) Endlich bedeutet es 3) eine Haushaltung, eine Geſellſchaft, die aus der ehelichen, elterlichen und hausherriſchen, oder wenigſtens aus zweyen derſelben zuſammen geſetzt iſt. Wann nemlich Ehegatten mit Kindern, oder Ehegatten mit Geſinde, oder Eltern, Kinder und Geſinde zuſammen leben: ſo iſt in allen Fällen eine Familie vorhanden. Dieſe Bedeutung liegt in dieſem Titel zum Grunde.

II. In Abſicht auf den Familienzuſtand ſind die Menſchen entweder ſui oder alieni iuris. Man denke ſich nemlich eine Familie, eine Haushaltung. In dieſen ſind Perſonen, welche befehlen, und andere, welche gehorchen. Die erſten heiſſen homines *ſui iuris patres familias*, *matres familias*; die letzten heiſſen alieni iuris und dieſe ſind von zweyerley Art, entweder Söhne und Töchter, die unter der väterlichen Gewalt ſtehen, *filii*, *filiaeve familias*, oder Sklaven, *ſervi*, welche einem Herrn unterworfen ſind. Alſo pater familias oder homo ſui iuris heiſt ein Menſch, welcher weder unter der Gewalt eines Vaters noch eines Herrn ſteht, und im Fall er eine Haushaltung hat, darin zu befehlen befugt iſt. Daß er eine Haushaltung, daß er eine Frau, daß er Kinder oder Sklaven habe, iſt nicht ſchlechterdings erforderlich. Ein unmündiges Kind iſt pater familias oder homo ſui iuris, wann es ein freyer Menſch und der väterlichen Gewalt nicht unterworfen iſt.

III. Die Eintheilung der Menſchen in ſui und alieni iuris iſt von der in Freye und Sklaven verſchieden. Dann 1) iſt zwar ein jeder homo ſui iuris auch frey, und 2) ein jeder Sklav iſt homo alieni iuris. Aber 3) nicht alle freye Menſchen ſind ſui iuris. Die filii familias ſind freye Menſchen, aber doch nicht ihre eigene Herrn, nicht homines ſui iuris. Auch 4) nicht alle homines alieni iuris ſind Sklaven. Dann die filii familias ſind alieni iuris, aber keine Sklaven. Im gegenwärtigen 8ten Titel wird von der herriſchen Gewalt, (poteſtate dominica) im folgenden 9ten von der väterlichen Gewalt (poteſtate patria) gehandelt werden.

§. 94. 95. Rechte des Herrn über ſeine Sklaven.

Die Sklaven wurden als Sachen angeſehen, als Eigenthum; alle Rechte alſo, die ein Herr über ſeine andere eigenthümliche Sachen hat, hat er auch über ſeine Sklaven. Daher hatte ein römiſcher Herr 1) das Recht über Leben und Tod des Sklaven, das heiſt, er hatte eine Hausjurisdiction, (iurisdictionem domeſticam) die ſich bis auf das Recht Todesſtrafen zu dictiren erſtreckte. Alſo die Gewalt, den Sklaven ohne Urſache, bloß aus Muthwillen zu tödten, hatte er nicht. 2) War er befugt, den Sklaven

zu veräuſſern. Die Sklaven waren eine Waare; man konnte ſie verkauffen, verſchenken, vertauſchen, vermachen. 3) Die Sklaven hatten nichts eigenes. Alles was einem Sklaven geſchenkt oder vermacht wurde, was er durch Handel, durch Handarbeit, oder auf andere Weiſe erwarb, gehörte dem Herrn.

§. 96. Abſchaffung des Rechts über Tod und Leben.

Als die Römer ihr ius vitae et necis über die Sklaven zu mißbrauchen anfingen, und ſie oft ohne hinlängliche Urſache, in der Hitze des Zorn maſſacrirten: ſo wurden verſchiedene Geſetze gegen dieſe Ausſchweifung gegeben. Der Bürger muß zwar im Staat über ſein Eigenthum ungeſtört diſponiren können, aber der Staat iſt auch befugt, ihm den Mißbrauch zu verwehren. Hadrian und Antoninus Pius verboten daher die Sklaven zu tödten. Conſtantin M. verordnete, daß ein Herr, der einen Sklaven vorſetzlich, oder durch die Marter der Folter umbrächte, als ein Todtſchläger beſtraft werden ſollte. Die Strafe des Todtſchlags aber war nach dem Corneliſchen Geſetze de ſicariis, veneficis et parricidis vom Jahr 621. das Exilium; und in den folgenden Zeiten die Todesſtrafe, wenn der Thäter von niedrigem Stande; die Deportation aber, das heiſt die Verweiſung auf eine Inſel, wann er von höherm Stande war. Doch konnte der Herr den Sklaven ungeſtraft tödten, 1) wann dieſer ihm nach dem Leben ſtand; 2) wann er den Sklaven im Ehebruch mit ſeiner Frau antraf.

Das Recht die Sklaven zu züchtigen, iſt den Herrn zwar nicht genommen worden. Aber wann der Herr darin ausſchweift: ſo kann ſich der Sklave bey der Obrigkeit beſchweren. Schon Auguſt verordnete dieſes, und Antoninus Pius ſetzte noch hinzu, daß ein Herr, der unerträgliche Härte gegen ſeinen Sklaven ausübte, gezwungen werden ſollte, ihn zu verkaufen.

§. 97. Heutiger Gebrauch.

Die Verordnungen des römiſchen Rechts haben noch heutzutag bey den wahren Sklaven ſtatt. (§. 70.) Wer z. E. einen gefangenen Türken oder Negerſklaven beſitzt, der hat das Recht ihn zu veräuſſern, und alles ſich zuzueignen, was der Sklav erwirbt. Das Recht über Leben und Tod aber hat er nicht, ſondern nur das Recht mäſſig zu züchtigen. Auf Leibeigene läßt ſich das römiſche Recht nicht anwenden, dieſe werden nach deutſchen Landesgeſetzen und Gewohnheiten beurtheilt.

TIT. IX.

De patria poteſtate.

§. 98. Uebergang zu dieſem Titel.

Die homines alieni iuris ſind entweder Sklaven oder filii familias. Jene ſtehen unter der herrſchaftlichen, dieſe unter der väterlichen Gewalt. Die Beſchaffenheit der herrſchaftlichen Gewalt iſt im vorigen Titel gezeigt worden. Gegenwärtiger Titel handelt die wichtigere und practiſchere Lehre von der väterlichen Gewalt ab.

§. 99. Was iſt die römiſche väterliche Gewalt.

Um die Lehre von der väterlichen Gewalt gründlich einzuſehen, wollen wir 1) ihre Beſchaffenheit nach dem **Naturrecht**, (§. 99.) 2) nach dem alten römiſchen, (§. 100. 101.) 3) nach dem neuen römiſchen, (§. 102. 103.) und 4) nach dem deutſchen Recht (§. 104.) kennen lernen.

Die elterliche Gewalt iſt ſchon im Naturrecht gegründet. Ueber ihr wahres Fundament ſtreiten die Naturrechtslehrer. Ich glaube, daß es in der **Verbindlichkeit zur Erziehung** zu ſuchen iſt. Die Kinder können ohne Erziehung nicht aufwachſen, wenigſtens nicht brauchbare und vernünftige Menſchen werden. Zu der Erziehung aber ſind offenbar die **Eltern** verbunden, weil ſie den Kindern die Exiſtenz geben. Die Erziehung kann nicht geſchehen, wann die Eltern nicht befugt ſind, die Handlungen der Kinder zu lenken, ihnen vorzuſchreiben, was ſie thun und laſſen ſollen. Dieß alſo, **das Recht auf alle Mittel, ohne welche die Erziehung nicht geſchehen kann, oder das Recht die Handlungen der Kinder zu lenken, in ſo weit es der Zweck der Erziehung erfordert, iſt die elterliche Gewalt nach dem Naturrecht.**

Sie iſt alſo ſehr von der römiſchen väterlichen Gewalt unterſchieden. Dann (*[1]) iſt die elterliche Gewalt des natürlichen Rechts weiter nichts als eine Oberherrſchaft, (imperium) (§. 64.) oder ein Recht die Handlungen der Kinder zur Erreichung eines gewiſſen Endzweckes zu dirigiren. Hingegen die väterliche Gewalt des römiſchen Rechts enthält auſſer dem *imperio* auch noch ein *dominium*, oder wenigſtens ein Recht, das dem Eigenthumsrecht ſehr nahe kommt. 2) Haben nach dem Naturrecht beyde Eltern Gewalt über die Kinder, die Mutter eben ſo gut als der Vater, nach dem römiſchen Recht aber hat der Vater dieſe Gewalt allein. 3) Schränkt ſich die elterliche Gewalt nach dem Naturrecht bloß auf die Erziehungsmittel ein; das römiſche

Recht aber giebt dem Vater Rechte, die zur Erziehung nicht erforderlich ſind. 4) Nach dem Naturrecht hört die elterliche Gewalt auf, ſo bald die Kinder keiner Erziehung mehr bedürfen; ſie geht alſo nicht auf die Enkel; dann wann mein Sohn in dem Alter iſt, wo er Kinder zeugen kann, ſo hat er keine Erziehung mehr nöthig. Hingegen nach dem römiſchen Recht dauert die väterliche Gewalt ſo lange, als der Vater lebt; wenn er anders die Kinder nicht emancipiret. Daher hat auch der Vater die väterliche Gewalt über des Sohns Kinder, ſeine Enkel und Enkelinnen, und über die Kinder dieſer Enkel, ſeine Urenkel. Man bemerke alſo, die Kinder meiner Tochter ſind nicht in meiner Gewalt, auch die Kinder meiner Enkelin nicht. Dieſe ſind in der Gewalt ihres Vaters. Selbſt alsdann, wann die verheyrathete Tochter in des Vaters Gewalt blieb, welches bey den Römern oft geſchah, waren ihre Kinder nicht in des mütterlichen Grosvaters Gewalt.

Noch muß ich anmerken, daß die Frage, ob die väterliche Gewalt nach römiſchem Recht ein Eigenthum geweſen ſey, controvers iſt. Bynkershoek am a. O. behauptet es. Hingegen Gebauer in der angeführten Diſſertation glaubt, daß der Vater weiter nichts, als magiſtratus domeſticus geweſen ſey, und poteſtatem iudiciariam gehabt habe. Für Gebauers Meynung ſtreitet L. 215. D. de verb. ſignif. wo es heiſt: poteſtatis verbo plura ſignificantur; in perſona magiſtratuum *imperium;* in perſona liberorum *patria poteſtas*; in perſona ſervi *dominium.* Die väterliche Gewalt wird alſo vom Eigenthum unterſchieden. Allein auf der andern Seite laſſen ſich doch auch die Rechte eines römiſchen Vaters nicht alle aus einer häuslichen Gerichtsbarkeit herleiten. Der Vater hatte z. E. das Recht die Kinder zu verkaufen; dieß kann unmöglich als ein Ausfluß der Jurisdiction angeſehen werden. Auch ſagt *L. 2. §. 2. de interd.* interdictum de liberis exhibendis *proprietatis cauſam* continet: es ſetze ein Eigenthum voraus. Alſo müſſen die Kinder wirklich als eine Art von Eigenthum angeſehen worden ſeyn. Ich glaube daher, daß die Wahrheit in der Mitte liegt, und daß die väterliche Gewalt zwar kein wirkliches, förmliches dominium, aber doch mehr als eine häußliche Jurisdiction, kurz, daß ſie ein dem Eigenthum ſehr nahe kommendes Recht, *ius dominio proximum* geweſen ſey.

§. 100. Perſönliche Einheit.

Es war alſo zwiſchen dem Vater und den Kindern die er in ſeiner Gewalt hatte, eine ſehr genaue und enge Verbindung. Vater und Kinder wurden nicht als verſchiedene, ſondern als Eine Perſon angeſehen; doch dieß nur in Privatangelegenheiten, nicht in öffentlichen Geſchäften. In dem Staate war der filius familias ein freyer Menſch und ein Bürger, ſo gut

als

als der Vater. Er konnte daher öffentliche Aemter bekleiden, und in Amtsſachen hatte ihm der Vater nichts zu befehlen. So lange das Amt dauerte, war die väterliche Gewalt ſuſpendiret. In publicis ſagt L. 14. alleg. *non ſequitur ius* poteſtatis, das heiſt, wie es Bynkershök erklärt, non obtinet ius patriae poteſtatis.

Aus der perſönlichen Einheit folgte nun weiter a) daß die Kinder gewiſſermaſſen als Herren des väterlichen Vermögens ſchon bey Lebzeiten des Vaters angeſehen wurden, und daher des Vaters Erben ipſo iure wurden, ohne daß ſie die Erbſchaft anzutreten brauchten; b) daß Vater und Sohn keine Verträge untereinander ſchlieſſen, und keiner dem andern etwas ſchuldig ſeyn konnte; (inter patrem et filium non eſt obligatio); daß ſie keinen Proceß mit einander führen können; (inter patrem et filium actio non eſt); c) daß der Sohn nicht in ſeines Vaters Teſtament und der Vater nicht in des Sohnes Teſtament Zeuge ſeyn kann, ſo wenig als jemand in ſeinem eignen Teſtament einen Zeugen abgeben kann; auch konnte der Sohn nicht Zeuge in einem Teſtament ſeyn, worin der Vater als Erbe eingeſetzt wurde; und umgekehrt kann der Vater nicht Zeuge in dem Teſtament ſeyn, worin der Sohn eingeſetzt wird; eben ſo wenig als ich Zeuge in dem Teſtament ſeyn kann, worin ich ſelbſt zum Erben ernennt werde. Man ſieht übrigens aus dieſen Wirkungen, daß die perſönliche Einheit allerdings im römiſchen Recht gegründet, und daß es ein Irrthum iſt, wann einige Rechtsgelehrte (* 2) ſie leugnen, oder ihre Wirkungen blos darauf einſchränken wollen, daß der Sohn alles dem Vater und nichts für ſich erworben habe (* 3).

(1) Doch ſ. man *Einert* obſerv. iur. civ. cap. 3.
(2) *Thomaſius* in diſſ. de uſu pract. tit. Inſt. de patria poteſt. cap. 1. §. 49.
(3) *Enenckel* de privileg. parent. et liberor. Privil. 3. p. 179. ſqq. *Cocceii* ius controv. lib. 1. tit. 6. quaeſt. 19. *Heimburg* diſſ. difficillima emancipationis capita, §. 53.

§. 101. Rechte des Vaters über die Kinder.

Der Vater hatte faſt unumſchränkte Rechte über **die Perſonen** und das **Vermögen der Kinder**. Ueber ihre Perſon. Dann 1) konnten ſie ohne ſeine Einwilligung keine rechtliche Handlung vornehmen, keine Contracte, Eheverlöbniſſe, u. d. g. eingehen. Dieſe Handlungen waren nichtig, wann der Vater nicht darin willigte. 2) Konnte ſie der Vater ſtrafen, wann ſie ſich vergingen, und dieſes Strafrecht erſtreckte ſich bis auf das Recht über **Leben und Tod** (* 1). Dieſes war übrigens, ſo wenig als das Recht des Herrn über ſeine Sklaven, ein Recht, die Kinder nach Gefallen und ohne Urſache zu tödten, ſondern es war eine Art von peinlicher Gerichtsbarkeit, oder das Recht, den Kindern eine Todesſtrafe zu dictiren, wann ſie eine ver-

dient hätten, und an ihnen zu vollſtrecken. 3) Hatte der Vater ein Recht die Kinder dreymal in die Sklaverey zu verkaufen (*²). Nemlich wann der Vater ſeinen Sohn Einmal verkauft hatte, und dieſer ſo glücklich war, freygelaſſen zu werden, ſo fiel er in die väterliche Gewalt zurück. Nun konnte ihn der Vater zum zweytenmal verkaufen. Wurde er zum zweytenmal freygelaſſen, ſo fiel er wieder in des Vaters Gewalt. Der Vater konnte ihn alſo zum drittenmal verkaufen. Wenn er aber zum drittenmal freygelaſſen wurde, ſo wurde er ſein eigener Herr (ſui iuris) und kam nicht mehr in die väterliche Gewalt. Dieſes gründete ſich in einem Geſetz des Romulus, welches nachher in den zwölf Tafelgeſetzen beſtätigt wurde. 4) Hatte der Vater das *ius noxae dandi*; d. i. wenn meine Kinder Jemanden durch eine unerlaubte Handlung, Diebſtahl, Raub, Verwundung u. ſ. w. Schaden thaten, ſo konnte ich ſie zur Erſetzung des Schadens an Zahlungsſtatt geben, und ſie kamen dadurch in die Sklaverey, ſolang ſie nicht den zugefügten Schaden erſetzten. 5) Wann ein anderer die Kinder bey ſich hatte, und ſie dem Vater vorenthielt, ſo konnte dieſer auf die Herausgebung verlangen, und deswegen eine Klage, welche rei vindicatio heiſt, desgleichen das interdictum de liberis exhibendis anſtellen. Sogar nach ſeinem Tode übte der Vater noch eine Art von Gewalt über ſeine Kinder aus. Dann er konnte 6) ihnen in ſeinem letzten Willen einen Vormund beſtellen.

Auch über das Vermögen der Kinder hatte der Vater anſehnliche Rechte: (1) Alles was ſie erwarben, gehörte dem Vater. Sie hatten alſo kein Eigenthum; wenn man den Kindern etwas verſprach, ſo war es ſo gut, als ob man es dem Vater verſprochen hätte, die Kinder konnten daher auch kein Teſtament machen, dann worüber ſollten ſie teſtiren. (2) Wann der Vater ein unmündiges Kind hinterließ, ſo konnte er ihm pupillariter ſubſtituiren, d. i. verordnen, wer des Kindes Erbe ſeyn ſollte, wenn es in der Unmündigkeit ſterben würde.

(1) *Trojen* diſſ. de antiquo iure vitae ac necis parentum in liberos. Lugd. Bat. 1752.
(2) *Io. Phil Datt*, de venditione liberor. in theſaur. *Meermann.* Tom. 2.

§ 102. Abänderungen der väterlichen Gewalt durch neuere Geſetze.

So war alſo die väterliche Gewalt nach dem alten römiſchen Recht beſchaffen. In den neuen römiſchen Geſetzen iſt aber manches daran geändert worden. Dann 1) wurde dem Vater das Recht über Leben und Tod gänzlich genommen. Zu welcher Zeit dieſes geſchehen ſey, iſt zweifelhaft. Noodt und Bynkershoek haben darüber controvertirt. Jener glaubt in ſeinem Tractat: *Iulius Paulus*, der in ſeinen Werken T. 1. p. 565. ſqq. ſteht, daß

daß dieſes erſt von den K. Valentinian, Valens und Gratian in der *L. 8. C. ad leg. Cornel.* geſchehen. Hingegen Bynkershoek in ſeinem Buche de iure occidendi, vendendi et exponendi liberos apud romanos., in der Halliſchen Ausgabe ſeiner kleinen Schriften T. 2. p. 105. ſqq. behauptet ſchon zu Trajans, Hadrians und Antoninus Pius Zeiten ſey dem Vater dieſes Recht genommen worden (*[1]). Noodt vertheidigte ſich in ſeiner *amica reſponſione ad difficultates Iulio Paulo motas*, und Bynkershoek duppli⸗cirte in ſeinen curis ſecundis de iure occidendi et vendendi liberos. Bey⸗de letzte Schriften ſtehen in der angeführten Halliſchen Sammlung T. 2. p. 305. ſepq *Gebauer* in diſſert. 2da de patr. poteſt. C. 2. hat die Argumente der beyden Streiter abgewogen, und der Noodtiſchen Meynung gewiſſermaſ⸗ſen ſeinen Beyfall gegeben. Er zeigt nemlich, daß die Erlaubniß Kinder vor dem dritten Jahre zu tödten oder auszuſetzen, die zuweilen von den Vätern mißbraucht, und nicht in den geſetzlichen Schranken (§. 101.) ausgeübt wur⸗de, erſt unter K. Valentinian aufgehoben: daß hingegen das Recht, über erwachſene Kinder ein peinliches Gericht zu halten, ſchon zu K. Alexander Severus Zeiten dem Vater nicht mehr geſtattet worden iſt. Dem Vater kommt alſo nach den neuern Geſetzen nur die Befugniß zu, a) die Kinder zu züchtigen, und b) ſie der Obrigkeit zu überliefern. Das letzte iſt ihm in der *leg. 3. C. de patria poteſtate* verſtattet worden; und es iſt nur die Frage, was die Ueberlieferung für Wirkungen habe; ob nemlich der Richter ſchuldig iſt, die Sentenz dem Sohn zu dictiren, welche der Vater vorſchreibt? Dieß behaupten viele Rechtsgelehrten; aber Gebauer am a. O. §. 7. zeigt, daß dieſe Meynung unvernünftig iſt. Wann der Vater eine Strafe verlangt, die der Richter nach den Geſetzen und dem Beſten des Staates unbeſchadet dictiren kann: ſo iſt er wohl dazu verbunden; aber auſſer dem nicht. Und wann man das Geſetz auf dieſe Art erklärt: ſo kann man ſeine heutige Gültig⸗keit zugeben.

Der Vater hat aber auch nach den neuern römiſchen Geſetzen das Recht nicht mehr, die Kinder zu verkaufen. Diocletian hat dieſes in der L. 1. Cod. de patribus, qui fil. ſuos diſtrax. verboten. Doch hat nachher Conſtantin M. in dem Fall, wenn die Eltern in der äuſſerſten Armut wären, erlaubt, *liberos ſanguinolentos* zu verkaufen, wie L. 2. Cod. eod. tit. ſagt. Man ſtreitet über die Erklärung dieſes Geſetzes. Die gemeine Leſeart iſt: ſi quis filium filiamue ſanguinolentos vendiderit etc. und man verſteht unter den ſanguinolentis neugebohrne Kinder; dieſe habe Conſtantin zu verkaufen er⸗laubt, damit ſie nicht exponirt würden. Aber Haloander, Wiſſenbach und andere leſen: ſi quis filium filiamue ſanguinolentus vendiderit etc. ſie ziehen alſo dieſes Beywort auf den Vater, und erklären es durch grauſam,

unbarmherzig. Wann ein Vater ſo grauſam iſt, ſeine Kinder zu verkau-ſen ꝛc. Die erſte Erklärung iſt die richtige, wie die Ueberſchrift des 8ten Tit. im 5. B. des Theodoſianiſchen Codex und L. 2. deſſelben Titels zeigt.

(1) Dieſes vertheidigt auch *Schorch* in progr. de tempore, quo apud Romanos expoſitio infantum nexque licita eſſe deſiit Erf. 1781.

(2) Die Gültigkeit des Geſetzes behaupten *Brunnemann* ad h. l. *Schoepfer* ſynopſ. iur. priv. lib. 1. tit. 6. n. 30. ſqq. *Leyſer* ſp. 18. med. 5. cor. 2.

§. 103. Fortſetzung.

Der Vater kann ferner nach den neuern römiſchen Geſetzen die Kinder nicht mehr zur Schadloshaltung geben. Vermuthlich iſt dieſes um dieſelbe Zeit unterſagt worden, da das Verkaufen der Kinder verboten wurde. 4) Das Recht durch die Kinder zu erwerben, iſt nicht aufgehoben, aber doch ſehr eingeſchränkt worden. Wenn der Sohn etwas im Militärſtande oder durch die Wiſſenſchaften erwirbt: ſo heiſt dieß peculium militare, und gehört dem Sohn dergeſtalt, daß der Vater nicht das mindeſte daran zu fordern hat. Erwirbt der Sohn etwas auf andere Art, z. E. er erbt ſeine Mutter: ſo heiſt es peculium adventitium, er hat das Eigenthum, und der Vater nur den Niesbrauch. Die übrige Rechte der väterlichen Gewalt ſind unverändert geblieben. Der Vater hat alſo auch nach neuerm römiſchen Rechte, das Recht die Kinder zu vindiciren; ihnen Vormünder zu beſtellen, ihnen pupillariſch zu ſubſtituiren ꝛc.

§. 104. Heutige Beſchaffenheit der väterlichen Gewalt.

Wie iſt aber heutiges Tags die väterliche Gewalt beſchaffen? Man bemerke folgende Grundſätze. 1) Der Vater hat heutzutage nicht blos die natürliche elterliche Gewalt, wie einige Juriſten z. E. Böhmer (*1) ganz unrichtig ſchreiben. Dann der Vater hat das Recht pupillariſch zu ſubſtituiren, und den Niesbrauch über das Vermögen der Kinder; die Kinder können nicht teſtiren, ſo lange ſie in der väterlichen Gewalt ſind. Dieß alles ſind willkührliche Verordnungen, von denen das Naturrecht nichts weiß. 2) Die Mutter hat nicht die Gewalt über die Kinder, welche das römiſche Recht dem Vater giebt; ſondern nur diejenige, welche das Naturrecht den Eltern geſtattet; doch iſt dieſe der väterlichen Gewalt untergeordnet, denn wenn Vater und Mutter bey der Erziehung verſchiedener Meynung ſind; ſo gehet des Vaters Wille vor. Viele Rechtsgelehrte behaupten, die Mutter habe heutzutag die väterliche Gewalt ſo gut, als der Vater. Am weitläufigſten hat Rothhan (*2) dieſe Meynung vertheidigt. Allein ſie iſt irrig. Rothhans ſämmtliche Argumente beweiſen weiter nichts, als daß viele deutſche Particulargeſetze der Mutter die natürliche elterliche Gewalt beſtätigen, ihr auch einige

Rechte geben, von denen das Naturrecht nichts weiß; aber daß ſie die römiſche väterliche Gewalt habe, hat er nicht bewieſen. Sie hat alſo kein Recht pupillariſch zu ſubſtituiren; keinen Niesbrauch im Vermögen der Kinder; die Kinder können teſtiren, wann ſie gleich im Haus und Koſt der Mutter ſind; der Sohn kann ſich nicht auf das SCtum macedonianum berufen, wann er noch im Hauſe der Mutter iſt, und von ihrem Vermögen lebt; die Kinder werden in der Religion des Vaters erzogen, wann nicht durch Landesgeſetze, oder Gewohnheit n, oder Ehepacten bey den Töchtern feſtgeſetzt iſt, daß ſie der Religion der Mutter folgen ſollen (*[3]). 3) Der Vater hat heutzutage ſelten Gewalt über die Enkel; denn wenn der Sohn heurathet: ſo ſtellt er auch gewöhnlich ſeine eigne Haushaltung an. Thut er aber dieß: ſo hört die väterliche Gewalt auf. (§. 163.) Indeſſen können doch Fälle vorkommen, wo die väterliche Gewalt über die Enkel ſtatt findet; wann nemlich der Sohn ſich verheurathet, aber in des Vaters Hauſe und Brod bleibt. 4) Was die Rechte der väterlichen Gewalt betrift, ſo fällt das Recht über Leben und Tod, das Recht die Kinder zu verkaufen, und zur Schadloshaltung (noxae) zu geben, gänzlich weg. Einige (*[4]) wollen zwar behaupten, der Vater könne heutzutage die Söhne in Kriegsdienſte verkaufen; aber andere (*[5]) widerſprechen dieß mit Recht. Das Recht durch die Kinder zu erwerben, iſt bey uns eben ſo, wie im neuen römiſchen Recht (103.) modificirt. Auch das Recht die Kinder zu vindiciren, und interdictum de liberis exhibendis anzuſtellen, wird zuweilen noch ausgeübt. Ein filius familias kann auch heutzutag nicht teſtiren; der Vater kann auch bey uns pupillariſch ſubſtituiren. Hingegen über die perſönliche Einheit wird ſehr diſputirt. Verſchiedene Juriſten behaupten, ſie falle bey uns weg (*[6]). Allein andere vertheidigen das Gegentheil mit beſſerm Grund (*[7]). Dann das römiſche Recht iſt im ganzen angenommen, ſtreitet in dieſem Puncte nicht mit unſerer Verfaſſung, und iſt durch kein conträres deutſches Geſetz aufgehoben.

(1) Introd. in ius dig. lib. 1. tit. 6. §. 4.

(2) Diſſ. de poteſtate materna Goett. 1772. 4.

(3) Man ſehe *Renz* diſſ. mixtura iuris romani et patrii in doctrina de patria poteſtate theſ. 10 *Puſendorf* obſ. iuris univ. T. 1. obſ. 98. §. 14. *Ferd. Auguſt Hommel* de uſu hodierno patriae poteſtatis romanae. C. 3. §. 90. *de Selchov* Element. iuris germanici §. 494. Struben rechtl. Bed. 1. Theil 334 Seite.

(4) *Struv* Ex. 23. th. 28. *Engelbrecht* Exercit. ad lib. 1. Inſt. pag. 38. *Ludovici* diſſ. de iure et iurisprudentia domeſtica, cap. 3 §. 14.

(5) *Renz* diſſ. cit. theſ. 11.

(6) *Gudelinus* de iure noviſſimo lib. 1. C. 13. *Matthaei* commentar. ad inſt. h. tit. § 2. n. 8 ſeqq. p. 277. ſeqq. *Thomaſius* de uſu practico tituli Inſt. de patria poteſtate cap. 2. §. 10. in collect. diſſ. vol. 3. n. 98. p. 678. *Beyer* in iur. German. lib. 1. cap. 26. §. 42.

(7) *Barth*

(7) *Barth* hodeg. forenſ. cap. 4. §. 9. p. 799. *Leyſer* ſpec. 21. med. 5. *Wernher* part. 5. obſerv. 189. *Hommel* diſſ. de uſu hodierno patriae poteſt. cap. 3. §. 78. *Renz* diſſ. cir. th. 20. *Heimburg* diſſ. difficillima emancipationis capita §. 48. ſeqq. *Müller* ad *Leyſer* tom. I. obſ. 103.

§. 105. Pflichten des Vaters.

Die **Rechte** der väterlichen Gewalt haben wir bisher kennen gelernt. Sie führt aber auch eine Beſchwerde bey ſich; die Verbindlichkeit nemlich die **Kinder** zu ernähren. Weigert ſich deſſen der Vater, ſo ſetzt die Obrigkeit den Kindern eine gewiſſe Summe aus, mehr oder weniger; nachdem des Vaters Stand und Vermögen gröſſer oder geringer iſt. Indeſſen fließt dieſe Verbindlichkeit nicht aus der väterlichen Gewalt, ſondern aus der nahen Verwandſchaft; denn auch die natürliche Kinder, (das heiſt die, welche mit einer Concubine erzeugt waren) muſte der Vater ernähren, und heutzutage muß er allen unehlichen Kindern die Alimente geben (*[1]). Wann der Vater tod, oder auſſer Stand iſt, die Kinder zu ernähren: ſo ſind die Mutter, die Großeltern und Geſchwiſter (*[2]) dazu verbunden.

(1) *Stryk* in uſu moderno lib. 25. tit. 3. §. 2.

(2) Arg. L. 4. D. ubi pupill. L. 13. §. 2. D. de adminiſtr. tut. L. 1. §. 2. de tutel. et rat. diſtr. Nach dieſen Geſetzen darf ein Vormund die Alimente, welche er der Schweſter ſeines Pupillen gereicht hat in Rechnung zur Ausgabe bringen. *Sande* deciſ. Friſ. lib. 2. tit. 8. def. 2. *Stryk* l. c. §. 22. Indeſſen leugnen verſchiedene dieſe Verbindlichkeit der Geſchwiſter. S. *Boehmer* nov. ius controv. tom. 2 obſ. 150. *Popp* diſſ. de imperfecta fratrum ſororumque ad ſe invicem alendos obligatione, Altorf. 1780.

§. 106. Klagen, die aus dem Familienzuſtande entſtehen.

Der Familienzuſtand bringt verſchiedene Klagen hervor. Es kann über die **Kindſchaft**, es kann auch über die väterliche Gewalt geklagt werden. Ueber die Kindſchaft wird entweder zwiſchen **Eltern und Kinder**, oder zwiſchen **Vater und Mutter** geſtritten. Nemlich 1) kann das Kind eine Klage gegen den Vater oder die Mutter anſtellen, wann es dieſer oder dieſe nicht für ein Kind erkennen, und die Verbindlichkeiten eines Vaters oder einer Mutter nicht erfüllen wollen. Dieß iſt *actio de filiatione affirmativa.* 2) Kann der Vater oder die Mutter gegen ein Kind klagen, wann dieſes leugnet, daß es ihr Kind ſey, und die Pflichten eines Kindes nicht beobachten will. *(actio de paternitate aut maternitate affirmativa.)* 3) Wenn ſich einer für meinen Vater, oder eine für meine Mutter ausgiebt, auch im Beſitz dieſes Standes iſt: ſo kann ich ihn oder ſie *actione de filiatione negativa* belangen (*[1]). 4) Iſt einer bisher als ein Kind eines andern, oder einer andern mit Unrecht angeſehen worden, und im Beſitz der Kindesrechte geweſen: ſo können ſie *actionem*

de

de paternitate aut maternitate negativam anſtellen. 5) Wird in dieſen Klagen nicht über die Kindſchaft überhaupt, ſondern blos über die väterliche Gewalt geſtritten: ſo heiſſen ſie *actiones de patria poteſtate affirmativae aut negativae*; affirmativa, wenn ich gegen einen klage, über den mir die väterliche Gewalt zuſteht, der ſie mir aber mit Unrecht ableugnet; negativa, wenn ſich einer über mich ohne Grund die väterliche Gewalt anmaßt, und ich deswegen gegen ihn Klage erhebe. 6) Kann die Mutter gegen den Vater klagen, wenn er ein von ihr gebohrnes Kind nicht für das ſeinige erkennen will. Dieß heiſt *actio de partu agnoſcendo.* Sie kann a) von der Ehefrau gegen den Ehemann angeſtellt werden; wenn ſie ſich nach der Eheſcheidung von ihm ſchwanger befindet; welches aber heutzutage ſelten vorkommt. Auch b) die Mutter eines unehlichen Kindes kann dieſe Klage anſtellen, welches häufig geſchieht. 7) Stellt auch der Ehemann *actionem de partu agnoſcendo* an, wenn ſeine Frau nach geſchehener Eheſcheidung ſchwanger iſt, und er verlangt, daß dieſes Kind für das ſeinige erklärt werde.

(1) Ein merkwürdiges Exempel einer actionis de filiatione negativae hat Strube in den rechtl. Bed. 3. Theil, 131. Bed.

§. 107. Quellen der väterlichen Gewalt.

Die väterliche Gewalt kann auf dreyerley Art erworben werden, durch **Ehe, Legitimation,** und **Adoption** (* 1). Dann entweder iſt einer von mir gezeugt, oder nicht. Im erſten Fall iſt er entweder in rechtmäſſiger Ehe oder aus unehlichem Beyſchlaf erzeugt. Habe ich einen im rechten Ehebette gezeugt: ſo iſt die **Ehe** der Grund meiner väterlichen Gewalt. Wenn ich aber einen auſſer der Ehe erzeuge, und in meine väterliche Gewalt bringen will: ſo muß dieſes durch die **Legitimation** geſchehen. Und endlich wann einer gar nicht von mir erzeugt, und doch in meiner väterlichen Gewalt iſt: ſo liegt der Grund in der **Adoption.** In dem Falle aber, da ich die väterliche Gewalt durch die Ehe erwerben will, iſt nöthig, daß das Kind zu rechter Zeit gebohren werde. Was iſt alſo der rechte Zeitpunkt? Man bemerke: 1) nach dem Recht der Pandecten wird bey Beurtheilung der ehelichen Geburt auf die Zeit der **Conception** geſehen. Nur die Kinder ſind legitim, die nach vollzogener Ehe concipirt worden ſind. *L. 6. D. de his qui ſui vel alieni iuris ſunt.* Nach dem Rechte des Codex aber ſieht man auf die **Schwangerſchaft.** Fällt dieſe in die Zeit des Eheſtandes: ſo iſt das Kind legitim. *L. 11. Cod. de nat. liber.* Wann alſo a) das Kind vor der Ehe gezeugt, und in der Ehe gebohren wird, oder b) vor der Ehe gezeugt und nach getrennter Ehe gebohren iſt: ſo iſt es legitim. Das Kind wird z. E. von der Braut concipirt; nun heurathen die Eltern, ehe aber das Kind zur Welt kommt, ſtirbt der Vater.

N Nach

Nach dem Rechte des Codex iſt es ein eheliches Kind. 2) Iſt zu bemerken: der Termin a quo der Geburt iſt der Anfang des ſiebenden Monats oder der 182ſte Tag; der Termin ad quem das Ende des **zehenden Monats**. Das heiſt: wenn ein Kind gebohren wird, da ſchon 182 Tage, aber noch nicht über zehen Monate nach einem gewiſſen Beyſchlafe verſtrichen ſind: ſo wird angenommen, daß es aus dieſem Beyſchlaf erzeugt ſey. Wann alſo ein Kind am 181ſten Tag nach vollzogener Ehe zur Welt kommt: ſo wird es für ein eheliches Kind gehalten, und wann die Wittwe vor Ablauf des zehenden Monats nach des Mannes Tod ein Kind gebiert: ſo paſſiret dieſes auch noch für des verſtorbenen Ehemannes Kind (*2). Was mehr von dieſer Sache zu ſagen wäre, gehört in die Pandecten. Von der rechtmäſſigen **Ehe** wird in dem zehenden Titel, von der **Legitimation** in einem Anhange deſſelben, und von der **Adoption** im 11ten Titel gehandelt.

(1) Auch fallen emancipirte Kinder, wenn ſie undankbar ſind, d. i. ihren Vater gröblich injuriiren, zur Strafe wieder in die väterliche Gewalt. L. un. C. de ingrat. lib. (VIII. 50.)

(2) *Müller ad Leyſer* tom. I. obſ. 79.

Tit. X.

De Nuptiis.

§. 108. Was iſt die Ehe.

Drey Fragen ſind hier zu beantworten 1) Was iſt die Ehe? 2) Was ſind nuptiae oder connubium nach römiſchem Recht? 3) Wie iſt die Ehe von dem Eheverlöbniß unterſchieden?

Ueber den Begriff und Zweck der Ehe iſt viel geſchrieben und geſtritten worden (*1), obgleich die Ehe eine ſo allgemein bekannte Sache iſt. Ich halte es mit der gemeinen Meynung; vermöge dieſer iſt die **Ehe** eine **Geſellſchaft zwiſchen Perſonen verſchiedenen Geſchlechtes, Kinder zu zeugen und zu erziehen.** Man wendet zwar dagegen ein: a) die unfruchtbare Ehen wären nach dieſer Definition keine Ehen. Aber dieſe Folge leugne ich, dann der Zweck einer unfruchtbaren Ehe iſt doch die Kindererzeugung, ob er gleich nicht erreicht wird. b) Nach dieſer Definition, ſagt man weiter, können betagte Leute keine Ehe eingehen, wenn ſie nicht

nicht mehr im Stande ſind, Kinder zu erzeugen. Antwort: wenn es gewiß iſt, daß alte Leute zum Kinderzeugen untüchtig ſind: ſo iſt ihre Verbindung keine wahre, ſondern eine Titular-Ehe, (matrimonium honorarium oder civiliter tale.) Weil aber ſelten dieſe Gewißheit vorhanden iſt: da zuweilen ſehr alte Männer noch zeugen, und ſehr alte Weiber gebähren: ſo haben die Geſetze einer ſolchen Verbindung alter Perſonen die Rechte des Eheſtandes zugeſtanden. c) Der dritte Einwurf iſt: man frage alle Menſchen, welche eine Ehe eingehen, ob ſie es zu dem Ende thun, um Kinder zu zeugen; ob ſie nicht vielmehr ganz andere Zwecke dabey haben? Keiner wird behaupten, er heyrathe, um Kinder zu zeugen. Sie werden ſämtlich andere Urſachen anführen. Der franzöſiſche Rechtsgelehrte Pasquay z. E. ſagte, er habe ſeine erſte Frau propter opus, die zweyte propter opes, und die dritte propter opem geheyrathet. Aber auch dieſer Einwurf iſt leicht zu beantworten. Wir reden vom Zweck der Ehe, und nicht von den Beweggründen derer, welche die Ehe eingehen; vom *fine operis*, wie die alte Juriſten ſagen, und nicht vom *fine operantium.* Der Zweck, welchen der Schöpfer bey Hervorbringung beyder Geſchlechter, und bey der Einprägung des Zeugungstriebs hatte, war die Fortpflanzung des Menſchengeſchlechts. Alſo iſts Unrecht, wenn Menſchen den Inſtinct des Beyſchlafes ohne allen Zweck der Fortpflanzung befriedigen, und man kann mit Grund ſagen, daß Kindererzeugung der Zweck der Ehe ſey, wann auch die Perſonen, welche eine Ehe ſchlieſſen, durch andere Motiven dazu bewegt werden. Eine Gattung der Ehe hieß bey den Römern nuptiae oder connubium; die Ehe nemlich, die zwiſchen zwey römiſchen Bürgern in der geſetzlichen Form geſchloſſen iſt, wurde mit dieſem Namen belegt. Dieß wird im §. 112. u. f. erklärt werden.

Von der Ehe ſind die Sponſalien oder das Eheverlöbniß verſchieden. Man verſteht darunter einen Vertrag, daß eine Ehe zwiſchen gewiſſen Perſonen geſchloſſen werden ſoll. Die Paciſcenten wollen nicht ſogleich Ehegatten ſeyn, nicht ſogleich die Rechte der Ehegatten haben, ſondern erſt nach einiger Zeit ſoll dieß geſchehen.

(1) Man ſehe *Io. Sam. Stryk* diſſ. de fine matrimonii Hal. 1708. *Carl. Ferd. Hommel* matrimonium ſine propoſito ſobolem procreandi legitimum Lipſ. 1764. edit. ſecund. locupletior ibid. 1767. et in auctoris rhapſodia vol. 1. obſ. 391. Joh. Baptiſta Anthes vom Zweck der Ehe. Frft. am Mayn 1774. 8. Vorzüglich aber Joh. Phil. Engelhards Verſuch über den wahren Begriff der Ehe und die Rechte bey deren Errichtung. Caſſel 1776. 8. Ein neues und ſehr wohlgeſchriebenes Buch über die Rechte der Ehe iſt Aug. Ludw. Schott Einleitung in das Eherecht, Nürnb. 1786. 8.

§. 109. Axiomen vom Eheverlöbniſſe.

Eine ausführlichere Abhandlung von dem Eheverlöbniß kommt in den Pandecten und dem Kirchenrechte vor. Hier ſtehen nur drey der hauptſächlichſten Grundſätze. 1) Das Eheverlöbniß erfordert nach dem römiſchen Recht keinen ſchriftlichen Aufſatz, keine Zeugen, keine Feyerlichkeit. In Deutſchland aber ſind an vielen Orten Zeugen zur Gültigkeit der Sponſalien nöthig. Im Heſſendarmſtädtiſchen müſſen ſich vermöge einer Verordnung vom Jahr 1723. die verlobten (die wirkliche Räthe, und wer ihnen im Rang gleich iſt, ausgenommen) vom Prediger einſegnen, oder wie man es nennt, weinkäuflich copuliren laſſen. Ehe dieſes geſchieht, entſtehet keine Verbindlichkeit aus den Sponſalien. 2) Alle Perſonen können Sponſalien eingehen, die in eine künftige Ehe einwilligen können; eine unmündige Perſon kann alſo keine gültige Sponſalien ſchlieſſen. 3) Die Verbindlichkeit, welche aus dem Eheverlöbniß entſteht, iſt nach dem römiſchen Recht nur eine unvollkommene, man kann alſo daraus nicht klagen. Dann die Römer wollten haben, daß die Ehe ſchlechterdings frey und ungezwungen ſeyn ſollte. Ob nach dem canoniſchen Recht ein Zwangsrecht aus den Sponſalien entſteht, iſt zweifelhaft; in der Praxis aber iſt die bejahende Meynung angenommen (*1). Doch zwingt man einen verlobten nicht ſchlechterdings zur Vollziehung der Ehe; ſondern condemnirt ihn, im Fall einer hartnäckigen Weigerung, zu einer Abfindung und Strafe.

(1) *Steenhof* diſſ. de praxi iudiciorum erronea §. 25.

§. 110. Axiomen von der Ehe.

Die Ehe iſt 1) eine Geſellſchaft. Dann eine Geſellſchaft heiſt eine Vereinigung mehrerer Perſonen mit gemeinſchaftlichen Kräften einen gewiſſen Zweck zu erlangen, und dieß geſchieht in der Ehe. 2) Der Zweck der Ehe iſt Kindererzeugung und Kindererziehung. Dieſes iſt im §. 108. gegen die Einwürfe vertheidiget worden. 3) Das römiſche Recht erfordert zur Ehe Einen Mann und Eine Frau. Dieſe müſſen aber 4) beyde römiſche Bürger ſeyn, wann ſie nemlich eine ſollenne Ehe, *connubium*, *nuptias* ſchlieſſen wollen. 5) Die Ehe iſt ein Geſchäft von Wichtigkeit, dann die Zufriedenheit und das Glück des Lebens hängt ſehr davon ab. Auch iſt die Laſt des Hausweſens und der Kindererziehung beträchtlich. 6) Die Ehe muß in der geſetzlichen Form eingegangen werden.

§. 111. Die Ehe erfordert (a) Einwilligung, (b) Perſonen die zum Kinderzeugen tüchtig ſind; (c) die Polygamie iſt verboten.

Die Ehe iſt eine Geſellſchaft. (§. 108.) Jede Geſellſchaft ſetzt einen Vertrag

Vertrag voraus, mithin auch die Ehe. Daraus aber folgt weiter, die Ehe erfordert die Einwilligung beyder Intereſſenten; ein Blodſinniger und Höchſtbetrunkener kann alſo keine Ehe ſchlieſſen, weil er nicht einwilligen kann. Eine durch Drohungen und ungerechte Furcht erzwungene, oder durch betrügliche Ueberredungen veranlaßte Ehe iſt ungültig.

Die Ehe wird zwiſchen Manns- und Weibsperſonen geſchloſſen, um Kinder zu zeugen. Daraus folgt 1) daß kein Kaſtrat eine Ehe ſchlieſſen kann, dann Kinderzeugen iſt ihm unmöglich (*[1]). Wann ihm der Landesherr übrigens die Ehe durch eine Diſpenſation erlaubt, ſo gilt ſie als eine Titular-Ehe, und hat die Rechte des Eheſtandes. 2) Die Mannsperſon muß wenigſtens 14. die Weibsperſon wenigſtens 12. Jahre alt ſeyn. Dann in dieſen Jahren fängt nach römiſchen Grundſätzen die Fähigkeit zum Kinderzeugen an (*[2]). Das canoniſche Recht geht aber von dieſer Vorſchrift ab, und will, daß man nicht auf die Jahre ſehen ſoll. Es erlaubt die Ehe auch noch vor dem 14. und 12. Jahre, wann ſich die Zeugungskraft früher einſtelle. In Deutſchland hat man über dieſen Punct an den meiſten Orten Landesgeſetze, worin ein höheres Alter, als im römiſchen Recht vorgeſchrieben iſt. Z. E. im Heſſen-Darmſtädtiſchen iſt in einer Verordnung von 1731. bey Mannsperſonen das 25ſte Jahr, im Caſſeliſchen hingegen iſt das 20ſte feſtgeſetzt. Denn die Zeugungskräfte fangen in unſerm kältern Clima ſpäter als in Italien an, und da bey uns die Ehe bey den Söhnen meiſtens, und bey den Töchtern allezeit der väterlichen Gewalt ein Ende macht, ſo iſts nicht genug, daß jemand Kinder zeugen kann; er muß auch dem Hausweſen vorſtehen, und Kinder erziehen können.

Die Ehe iſt entweder Monogamie oder Polygamie, von beyden iſt die Gemeinſchaft der Weiber unterſchieden. Wann nemlich Ein Mann Eine Frau zur Ehe hat, ſo iſt es eine einfache Ehe oder Monogamie. Hat ein Mann mehrere Weiber, oder eine Frau mehrere Männer, ſo heiſt es Polygamie oder vielfache Ehe. Und wann endlich mehrere Männer mit mehreren Weibern ſich verbinden, ſo daß ſich jeder Mann zu jeder Frau legen kann; ſo iſt eine Gemeinſchaft der Weiber vorhanden. Die Polygamie wird a) in Polyandrie, oder Vielmännerey, und Polygynie, oder Vielweiberey; b) in die auf einmal ſtatt findende und nach einander folgende (ſimultaneam et ſucceſſiuam polygamiam) eingetheilt. Wann nemlich ein Mann mehr als eine Frau hat, ſo iſt es Polygamie; hat aber eine Frau mehr als einen Ehemann, ſo iſt es Polyandrie. Wann jemand auf einmal mehr als einen Ehegatten hat, ſo heiſt es polygamia ſimultanea. Wann hingegen jemand,

nachdem ſeine erſte Ehe getrennt iſt, z. E. ein Wittwer oder Wittwe zur zweyten Ehe ſchreitet: ſo heiſt es ſucceſſiva polygamia. Das römiſche Recht hält mit Grund die Monogamie für die beſſere Ehe, und verbietet die ſimultane Polygamie, ſowohl die Vielweiberey, als auch die Vielmännerey. Daß alſo noch mehr die Gemeinſchaft der Weiber verboten ſey, verſteht ſich von ſelbſt. Die Halsgerichtsordnung Carls V. im 121. Art. erklärt die Bigamie, wann jemand, deſſen rechtmäſiger Ehegatte noch lebt, ſich mit einem andern verheyrathet, für ein Verbrechen, und verordnet, daß ſie wie der Ehebruch beſtraft werden ſolle. Die ſucceſſive Polygamie iſt nach allen Rechten erlaubt. Doch bemerke man: 1) eine Wittwe darf nicht zu frühe nach ihres Mannes Tod heyrathen. Dieß iſt nicht nur der Ehrerbietung zuwider, die ſie dem verſtorbenen Manne noch ſchuldig iſt; ſondern es kann auch eine Ungewißheit verurſachen, ob das Kind, das ſie nach des erſten Mannes Tode gebiert, von dieſem oder von dem zweyten Ehemann ſey. Wenn ſie innerhalb dem Trauerjahr (anno luctus) heyrathet: ſo wird ſie a) nach römiſchem Recht infam; b) ſie kann ihrem zweyten Ehemann nicht mehr als den dritten Theil ihres Vermögens zubringen, auch nicht mehr in einem letzten Willen hinterlaſſen; c) kann aus dem Teſtament eines Fremden nichts erben, auch kein Vermächtniß erhalten; d) verliert alles, was ſie vom verſtorbenen Ehemann erhalten hat, und kann e) von ihren Blutsfreunden nichts erben, wann ſie weiter als im dritten Grad mit ihr verwandt ſind (*[3]). 2) Der Wittwer darf nach den römiſchen Geſetzen heyrathen, ſobald er will: L. 9. D. de his qui notantur infamia. 3) Das canoniſche Recht hebt im Cap. pen. et ult. X. de ſecund. nupt. die der Wittwe dictirte Strafe der Infamie auf. Ob es aber die übrige Strafen abgeſchaft habe, iſt ſehr zweifelhaft (*[4]). Indeſſen 4) iſt die in der Praxis angenommene Meynung, daß in dieſem Capitel alle eben erzählte Strafen des römiſchen Rechts abgeſchafft ſeyen (*[5]). 5) In den meiſten deutſchen Ländern iſt nicht nur der **Witwe** ſondern auch dem **Witwer** eine Trauerzeit vorgeſchrieben. Wann er dieſe nicht hält: ſo hat eine Geld- oder Gefängnißſtrafe ſtatt. Im Heſſen-Darmſtädtiſchen ſoll nach einer Verordnung vom Jahr 1744. der Wittwer dreyviertel Jahr trauern. 6) Wird die zweyte Ehe nach verfloſſener Trauerzeit geſchloſſen: ſo iſt ſie zwar erlaubt; doch nicht ſo begünſtigt als die erſte, und hat verſchiedene nachtheilige Folgen, welche man die *poenas ſecundarum nuptiarum* nennt; wie wohl es ſeltſam lautet, daß eine erlaubte Handlung geſtraft werden ſoll. Die vornehmſte davon (*[6]) ſind, a) daß der Ehegatte, der zur zweyten Ehe ſchreitet, das Eigenthum deſſen, was er vom verſtorbenen geerbt hat, verliert, und nur

den

den Nieſsbrauch behält; (§. 376.) b) daſs die Wittwe die Vormundſchaft ihrer Kinder verliert; (§. 169.) c) daſs ein in der zweyten Ehe lebender Ehegatte dem andern Ehegatten nicht mehr im Teſtament hinterlaſſen kann, als ein Kind erſter Ehe bekommt. (§. 487.) Dieſe Strafen haben heutzutag noch ſtatt (* 7).

(1) *Reinharth* ad *Chriſtin.* Vol. 1. obſ. 80. Anderer Meynung ſind *Leyſer* ſp. 297. med. 6. Engelhard am a. O S. 54. u. f.
(2) *Iuſt, Henning. Boehmer* de iuribus diuerſis ex diuerſitate climatis ortis. §. 6. in exercit. ad Pand. Tom. 1. pag. 279. Die Sicilianiſche Frauenzimmer verheyrathen ſich im dreyzehenden oder vierzehenden Jahre, und ſind oft Grosmütter, ehe ſie das dreyſigſte Jahr erreicht haben. Brydone's Reiſe durch Sicilien 2. Band 58. Seite.
(3) *Sarnighauſen* diſſ. de poena concubitus intra annuum luctus privata, per cap. pen. et ult. X. de ſecund. nupt. non abrogata (Goett. 1775. 4.) §. 3. p. 5. ſeqq.
(4) *Sarnighauſen* diſſ. cit. §. 8. p. 15. ſeqq.
(5) *Boehmer* ius eccleſ. prot. Tom. 3. Lib. 4. Tit. 21. §. 18. *Leyſer* ſp. 300. med. 19. Struben rechtl. Bed. 3. Band. 16. Bed. *Allſſen* diſſ. de eo quod hodie iuris eſt circa poenas ſecundis nuptiis ſcriptas. (Goett. 1751.) §. 29. p. 45. *Selchov.* diſſ. ſelect. capita doctrin. de infam. §. 7.
(6) Vollſtändig beſchreibt ſie *Leyſer* ſp. 300. med. 1. 2. und *Allſen* in diſſ. cit. §. 11. p. 16.
(7) *Stryk* de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. 12. cap. 3. §. 13. *Leyſer* ſpec. 300. med. 3. ſqq. *Boehmer* conſult. et deciſ. Tom. 2. arg. 860. n. 21.

§. 112. a) Eine feyerliche Ehe hat bey den Ausländern und Sklaven nicht ſtatt. b) Der Conſens des Vaters iſt zur Ehe erforderlich.

Nuptiae, connubium konnten bey den Römern nur unter den Bürgern geſchloſſen werden. Alſo Bürger konnten ſie mit Fremden nicht eingehen, noch weniger freye Leute mit Sklaven, oder Sklaven mit Sklavinnen. Man bemerke nur: ein Bürger konnte mit einer Fremden eine eheliche Geſellſchaft ſchlieſſen; aber ſie hieſs nicht nuptiae, nicht connubium, ſondern *matrimonium*, und hatte auch die Wirkungen des connubii nicht. (§. 126.) Auch Sklaven konnten mit Sklavinnen verbunden werden, Kinder zu zeugen. Aber auch dieſe Verbindung hieſs nicht connubium, oder nuptiae, ſondern *contubernium*, und die Rechte des connubii fielen gänzlich dabey weg. Heutigestages kann ein Bürger eine Ehe mit einer Weibsperſon ſchlieſſen, welche das Bürgerrecht nicht hat, und ſie erhält es durch die Ehe, oder die Ehe bahnt wenigſtens den Weg dazu. Auch eine Weibsperſon, die das Bürgerrecht an einem Ort hat, kann einen Fremden heyrathen, und die Ehe hat dieſelbe Rechte, welche einer Ehe zwiſchen Bürger und Bürgerin zukommen. Wann freye und leibeigene Perſonen,

ſonen, oder zwey Leibeigene einander heyrathen: ſo hat die Ehe alle Wirkungen, die ſie bey zwey freyen Ehegatten hat.

Die Ehe iſt ein wichtiges Geſchäft. Nun können Söhne und Töchter, ſo lange ſie in der väterlichen Gewalt ſind, nichts von Wichtigkeit ohne des Vaters Einwilligung thun. Sie können alſo auch nicht ohne dieſe heyrathen (*[1]). Noch bemerke man (1) zwiſchen Söhnen und Töchtern iſt der Unterſchied, daß eine Tochter den Mann nehmen muß, welchen ihr der Vater giebt; einem Sohn hingegen kann der Vater zwar wehren, eine Perſon zu heyrathen, die dem Vater nicht gefällt; er kann ihn aber doch nicht zwingen, eine Frau zu nehmen, welche dem Sohn nicht anſteht. L. 12. L. 20. C. de nupt. (V. 4.)

(2) Nach dem alten römiſchen Recht hing es lediglich von dem Vater ab, ob er ſeine Einwilligung in die Ehe der Kinder geben wollte oder nicht. Weil aber die Väter dieſe Gewalt zuweilen misbrauchten, ſo verordnete das Juliſch- und Papiſch Poppäiſche Geſetz, daß ein Vater, welcher ſeinen Conſens ohne hinlängliche Urſachen verweigere, durch den Prätor Urbanus dazu gezwungen werden ſolle. L. 19. D. de rit. nupt. (*[2])

(3) Wie ſteht es aber, wann ſich der Vater in der Gefangenſchaft befindet? Jetzt mußten die Kinder mit der Verheyrathung warten, bis der Vater zurückkam, dann als Gefangener konnte er weder conſentiren noch diſſentiren. Heyratheten ſie während ſeiner Abweſenheit, und er kam zurück, ſo konnte er die Ehe umſtoſſen. Starb er hingegen in der Gefangenſchaft, ſo blieb die Ehe gültig. arg. L. 12. L. 22. §. 2. D. de capt. et poſtlim. Neuere Geſetze verordneten indeſſen, daß, wann der Vater drey Jahre in der Gefangenſchaft geweſen ſey, die Kinder auch ohne ſeinen Conſens ſollten heyrathen können. L. 9. D. de rit. nupt. Nachher wurde noch weiter den Kindern erlaubt, auch noch vor Ablauf dieſer Zeit zu heyrathen, wann ſie ſich nur einen ſolchen Gatten wählten, gegen welchen der Vater wahrſcheinlich nichts zu erinnern habe. L. 11. D. eod. Dieſe Verordnung dehnten

(4) Die Juriſten auf den Fall aus, wenn der Vater zwar nicht gefangen, aber doch **abweſend** iſt, und man nicht weiß, wo er ſich aufhält. L. 10. et 11. D eod. (*[3])

(5) Iſt endlich der Vater **blödſinnig**, ſo behaupteten einige Juriſten, daß die Töchter zwar heyrathen könnten, aber nicht der Sohn; dann bey der Verheyrathung der Töchter ſey es genug, wann der Vater nicht diſſentire. Andere glaubten, auch der Sohn dürfe heyrathen. K. Marcus Antoninus entſchied dieſen Streit dahin, daß Söhne und Töchter eines *mente capti*

heyrathen

heyrathen durften. Allein nun fragt ſichs, ob dieß auch bey Kindern eines furioſi gelte. Nehmlich mente captus heiſt hier einer, der ohne Hoffnung der Beſſerung und ohne Unterlaß von Verſtand iſt; furioſus ein Raſender, welcher zuweilen zu ſich kommt, intervalla furoris hat, und deſſen Herſtellung man hoffen kann. Einige glaubten, die Kinder eines ſolchen furioſi müßten ein intervallum furoris oder die Herſtellung ſeiner Vernunft abwarten. Juſtinian entſchied auch dieſem Streit in der L. ſi furioſi 25. C. h. t. und erlaubte den Kindern eines furioſi zu heyrathen (* 4).

Geſetzt aber die Kinder ſchlieſſen eine Ehe, ohne des Vaters Einwilligung einzuholen, was iſt alsdenn Rechtens? Nach dem römiſchen Recht iſt die Ehe null und nichtig. Das alte canoniſche Recht beſtätiget dieſe Verordnung, Cap. 3. X. qui matrimon. accuſ. poſſ. Aber das neue ius canonicum, Cap. 6. X. de raptor. geht davon ab. Auch das Tridentiniſche Concilium hat nach langem und heftigen Streiten der heiligen Väter eine ſolche Ehe für gültig erklärt, und bey den Proteſtanten iſt dieſes ebenfalls angenommen. Doch giebt es Provinzen z. E. das Braunſchweigiſche, und die Mark Brandenburg, wo durch Landesgeſetze das römiſche Recht beſtätigt iſt, und eine dergleichen Ehe für nichtig erklärt wird, wann der Vater es verlangt (* 5). Auch wird in vielen Specialgeſetzen die Einwilligung der Mutter, der Großeltern und des Curators erfordert. Doch iſt die Ehe nicht ungültig, wenn ſie ohne dieſe Einwilligung geſchloſſen wird, in ſo fern es die Geſetze nicht ausdrücklich vorſchreiben (* 6).

In der Anmerkung iſt die Frage berührt, ob zu der Ehe gerade Conſens des Vaters nöthig, oder ob die Ratihabition, Genehmigung hinlänglich ſey? Conſens und Ratihabition ſind darin unterſchieden: Conſens iſt die Einwilligung, die ertheilt wird, ehe eine Sache geſchieht; Ratihabition aber, welche erfolgt, nachdem ſie geſchehen iſt. Alſo der Sinn der Frage iſt: wird zu einer gültigen Ehe erfordert, daß der Vater ſeine Einwilligung vor deren Schlieſſung ertheilt; oder iſt die Ehe auch gültig, wann ſie der Vater erſt billiget, nachdem ſie ſchon geſchloſſen iſt? Boehmer (* 7) hat dieſe Frage weitläuftig erörtert, und gezeigt, daß nach dem alten römiſchen Rechte die Ratihabition nur auf die Zukunft, nicht auf das vergangene wirkte. Wann die Ehe z. E. im Jahr 1770. geſchloſſen wurde, und die Genehmigung des Vaters erſt im Jahr 1775. erfolgte: ſo war die Ehe von 1770. bis 1775. unrechtmäßig. Die vor der Genehmigung gebohrne Kinder waren alſo nicht legitim. Nachdem aber Juſtinian in der *L. 25. Cod. de donat. inter virum et uxor.* und *L. 7. Cod. ad SC. Maced.* verordnet hat, daß die Genehmigung in allen Geſchäften als ein Conſens gelten, und rückwärts wirken ſoll: ſo hat auch dieß bey der Ehe ſtatt.

(1) Eine vortreffliche Ausführung dieſer Materie iſt *Ge. Lud. Boehmer* diſſ. de neceſſario parentum conſenſu in nuptiis liberorum. Elect. iur. civ. Tom. 1. *Exercit.* 16.
(2) *Heinecc.* ad L. Iul. et Pap. Popp. Lib. 1. cap. 5. p. 65. Lib. 2. cap. 20. p. 333.
(3) *Bynkershoek* obſ. lib. 5. cap. 24.
(4) *Merill.* ad L. Deciſ. in *Opp.* Part. 2. p. 57. ſqq.
(5) *Puſendorf* Obſ. iuris univ. Tom. 3. obſ. 43. *Boehmer* l. c. cap. 4. §. 65.
(6) *Selchov* elem. iur. germ. §. 416. *Boehmer* l. c. §. 64.
(7) *Boehmer* l. c. cit. §. 21.

§. 113. Von der geſetzlichen Form der Ehe.

Die Ehe muß nach der geſetzlichen Form eingegangen werden. Es muß alſo der **eheliche** Conſens vorhanden ſeyn, das heiſt beyde Theile müſſen einwilligen, daß eine wahre Ehe unter ihnen ſeyn, und alle rechtliche Wirkungen derſelben ſtatt finden ſollen. Mehr als dieſer Conſens iſt nach römiſchem Recht nicht erforderlich. Auch nach dem alten canoniſchen Recht iſt er hinlänglich. Aber nach der Tridentiniſchen Kirchenverſammlung muß der eheliche Conſens in Gegenwart des ordentlichen Pfarrers und zweyer Zeugen erklärt werden. Eine Einſegnung oder Trauung iſt nicht nöthig, ob es gleich viele Juriſten, ganz irrig, behaupten. Endlich bey den Proteſtanten iſt durch eine allgemeine Obſervanz in ganz Deutſchland **die prieſterliche Trauung** (hierologia eccleſiaſtica, benedictio ſacerdotalis) eingeführt. Sie iſt ein **weſentliches** Erforderniß der Ehe, und ohne ſie iſt keine wahre Ehe möglich (*1). Uebrigens heiſt jene Erklärung des ehelichen Conſenſes in Gegenwart des Pfarrers und zweyer Zeugen bey den Catholiken, und die prieſterliche Trauung bey den Proteſtanten die **kirchliche Feyerlichkeit**, *ſolennitas eccleſiaſtica*, der Ehe.

Die **Anmerkung** beſtimmt den **Unterſchied** zwiſchen der Ehe und dem Concubinate. Concubinat hieß bey den Römern die Verbindung eines unverheyratheten Mannes mit einer Weibsperſon, Kinder zu zeugen, die aber ſine affectione maritali, das heiſt nicht in der Abſicht geſchloſſen wurde, daß die Weibsperſon der Rechte eine Ehefrau, und die Kinder die Rechte ehlicher Kinder erhalten ſollten. Dieſer Concubinat war eine conjunctio licita, dann die Geſetze beſtraften ihn gar nicht; aber nicht legitima, er hatte die geſetzliche Wirkungen der Ehe nicht (*2). Vom Concubinat war *pellicatus* unterſchieden, wann ein verheyratheter Mann neben ſeiner Frau noch eine Verbindung zum Beyſchlaf mit einer andern ledigen Weibsperſon hat. Heutigestags verſteht man unter dem Concubinat entweder a) eine Verbindung zum **unehlichen Beyſchlaf**, bey der man keine Kinder wünſcht, noch weniger an gemeinſchaftliche Erziehung denkt, und die auch nicht auf Lebenszeit eingegangen wird.

wird. b) Eine Gewiſſensehe (mariage de conſcience) eine Verbindung, worin ich eine Weibsperſon für meine wirkliche Ehefrau, und ſie mich für ihren Ehemann erklärt und aufnimmt, die aber ohne kirchliche Feyerlichkeit vollzogen wird. c) Die Ehe zur linken Hand (matrimonium ad morganaticam, ad legem ſalicam) das heiſt eine Ehe, bey welcher zwar die kirchliche Feyerlichkeit beobachtet, aber zugleich feſtgeſetzt iſt, daß die Frau nicht die Dignität des Mannes, die Kinder nicht den Stand des Vaters, auch das völlige Succeſſionsrecht anderer ehlicher Kinder nicht bekommen, ſondern mit einer gewiſſen Summe abgefunden werden ſollen. Die erſte Verbindung iſt im canoniſchen Recht und den deutſchen Reichsgeſetzen verboten; auch die andere iſt weder nach weltlichen, noch nach geiſtlichen Geſetzen eine gültige Ehe; ſie iſt auch nur dem hohen Adel erlaubt, und die aus derſelben erzeugte Kinder ſuccediren nicht. Dieß iſt wenigſtens die richtigere Meynung; (*3) wiewohl viele Juriſten das Gegentheil behaupten. Die dritte iſt zwar eine gültige Ehe, aber doch nur bey dem hohen Adel gewöhnlich. Ob ſie andern Perſonen erlaubt ſey, iſt zweifelhaft. (*4)

(1) *I. H. Boehmer* in I. E. P. lib. 4. tit. 3. §. 39. ſqq. wiewohl einige Theologen und Juriſten anderer Meynung ſind. Man ſ. z. E. *Reinh. Frid. Sahme* diſſ. de matrimon. legitimo absque benedict. ſacerdotali. Regiom. 1720. rec. Hal. 1744. *Alex. Guin. Pagenſtecher* diſſ. qua adſtruitur benedictionem ſacerdotalem non eſſe de eſſentia matrimonii. Teutob. ad Rh. 1752.

(2) Eine Vergleichung der Ehe und des Concubinats hat *Ramos del Manzano* tract. de concubinis in Meermann. theſaur. T. 5. p. 551. ſeqq. *Heineccius* ad L. Iul. et Pap. Popp. L. 2. Cap. 4.

(3) *Gatzert.* progr. de liberis ex matrimonio conſcientiae illegitimis Giſſ. 1773.

(4) *Leyſer* ſp. 209. M. 2. bejahet es. Aber *Cocceji* und Lynker an den von Leyſer citirten Orten, *Cramer* de iuribus nobilit. avit. T. 1. Cap. 4. p. 236. ſeqq. *Ludolph* de iurib. fem. illuſtr. P. 1. §. 15. n. 3. *Claproth* iurisprud. hevrematica Part. 1. ſect. ſpec. Cap. 1. Tit. 14. §. 138. und von *Selchov* diſſ. de matrimonio nobilis cum vili et turpi perſona §. 21. in elect. iuris Germ. p. 384. behaupten das Gegentheil, und halten dieſe Ehe unter Privatperſonen für ungültig, wann ſie ohne Einwilligung des Landesherrn geſchloſſen wird.

§. 114. Von verbotenen Ehen.

Weil die Ehe nach geſetzlicher Vorſchrift vollzogen werden muß: ſo folgt ferner, daß die Perſonen keine gültige Ehen ſchlieſſen können, denen es die Geſetze verbieten. Die Geſetze aber unterſagen es manchen Perſonen, weil ſie zu nahe verwandt oder verſchwägert ſind; andern, weil die Ehe wider den Wohlſtand iſt; noch andern, weil ſie für die Religion oder den Staat gefährliche Folgen haben könnte. Im erſten Fall heiſt die Ehe *nuptiae inceſtae*, blutſchänderiſche Ehe, im andern *indecorae*,

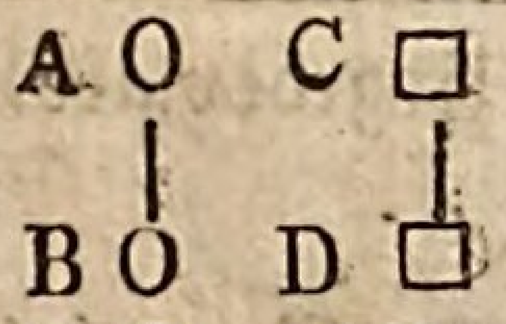
im letzten *noxiae*. Wird eine Ehe, die an ſich nichtig iſt, aber bona fide, eingegangen, das heiſt entweder beyde Theile oder der eine wiſſen nicht, daß die Ehe nichtig iſt: ſo heiſt ſie *matrimonium putativum*. Dahin gehört z. E. die Ehe zwiſchen Bruder und Schweſter, denen ihre Verwandſchaft unbekannt iſt. Die aus einer ſolchen Ehe gebohrne Kinder ſind legitim, und, wann anderſt der Vater in bona fide iſt, auch in der väterlichen Gewalt. (*1)

(1) *Hert* diſſ. de matrimonio putativo, in opuſcul. Vol. 1. Tom. 1. n. 7. *Ern. Chriſt. Weſtphal* diſſ. de veris caſibus matrimonii putativi, Hal. 1758. *Reinharth* ad Chriſtin. Vol. 1. Obſ. 78. 79.

§. 115. Was ſind Verwandte und Schwäger?

Eine blutſchänderiſche Ehe wird unter Perſonen geſchloſſen, die zu nahe verwandt oder verſchwägert ſind. Es iſt alſo zu unterſuchen, was **Verwandte und Schwäger**, und was zu nahe Verwandte und Schwäger ſind? **Verwandte** oder **Blutsfreunde** ſind Perſonen 1) deren eine von der andern abſtammt, oder 2) die von einem gemeinſchaftlichen Stamme, (Einem Stammvater, oder Einer Stammmutter) herkommen. Vater und Sohn ſind Verwandte, weil dieſer von jenem unmittelbar abſtammt; Grosvater und Enkel, weil der letzte von dem erſten mittelbar herkommt. Bruder und Bruder, Neffe und Oheim, Geſchwiſter Kinder ſind verwandt, weil ſie einen gemeinſchaftlichen Stammvater, oder eine gemeinſchaftliche Stammmutter haben. Ob die Procreation in einer rechtmäſigen Ehe, oder in einem unehlichen Beyſchlafe, oder in einem Contubernium, einer Sklaven-Ehe, geſchehen iſt, iſt einerley. Z. E. der Vater eines unehlichen Kindes iſt eben ſowohl mit ihm verwandt, als der Vater eines ehlichen; ein Sklave iſt mit ſeinen Kindern, Geſchwiſtern u. ſ. w. verwandt, ſo wohl, als ein Freyer. Die **Adfinität** oder **Schwägerſchaft** iſt eine Verbindung zwiſchen einem Concumbenten und des andern Concumbenten Verwandten. Wann ich eine Perſon beſchlafe, welche Verwandte hat: ſo werde ich mit dieſen Verwandten verſchwägert; der Beyſchlaf mag übrigens in der Ehe, oder auſſer derſelben geſchehen.

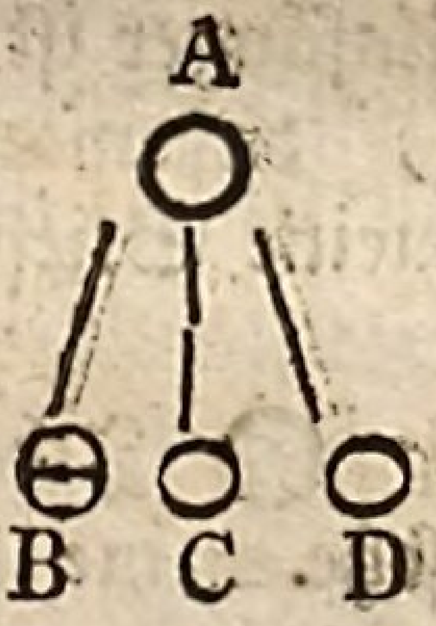
Um die Verwandſchaften und Schwägerſchaften deutlicher vorſtellen zu können, hat man Zeichen erfunden. Eine Perſon, ſie ſey Mann oder Weib, wird ſo bezeichnet: O. Will man aber Mannsperſonen und Weibsperſonen unterſcheiden, ſo iſt für das männliche Geſchlecht dieſes: O, für das weibliche ſind folgende Zeichen beſtimmt: □ △ ▽ — Wann man andeuten will, daß zwey Perſonen von einander abſtammen: ſo ſetzt man ſie über einander, und verbindet ſie durch einen von oben nach unten gehenden Strich.



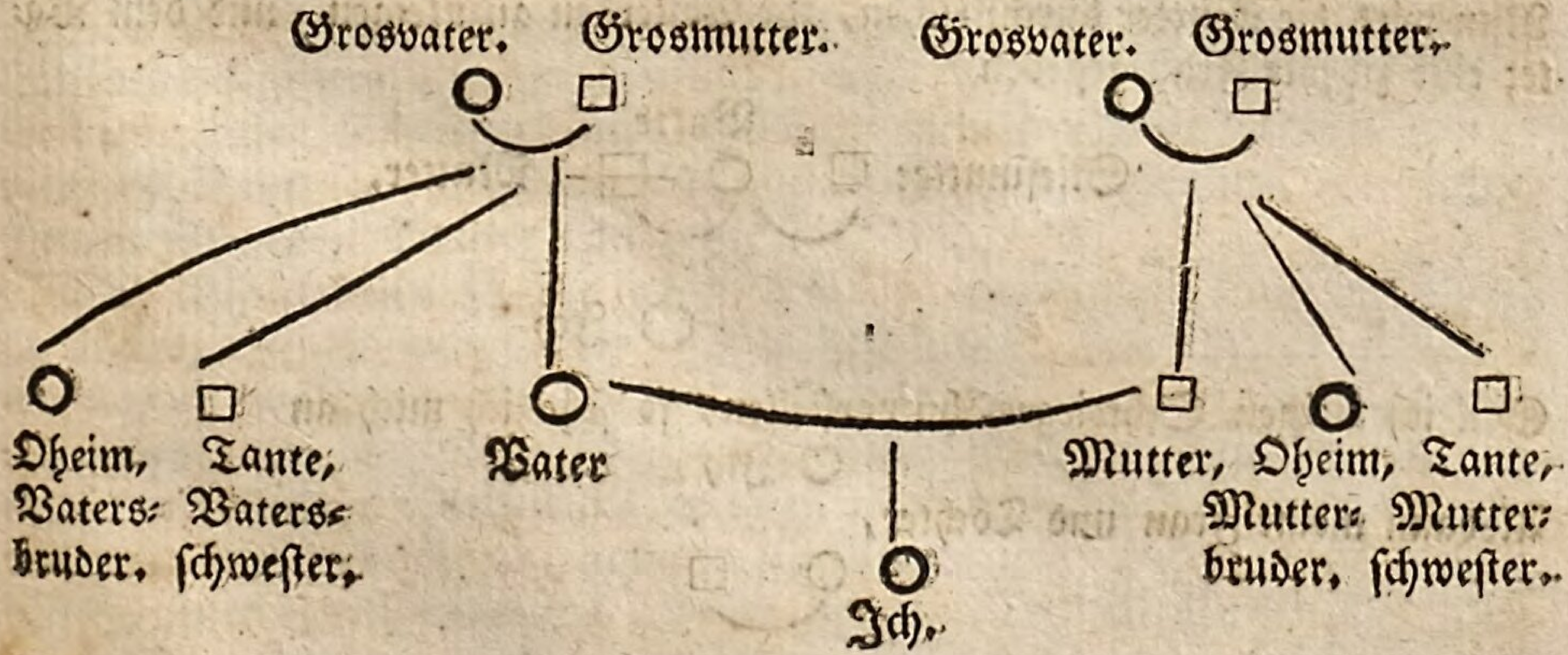
A hat den B gezeugt, C hat die D gebohren. Um Perſonen anzuzeigen, die mit einander concumbiren, verbindet man ſie durch eine krumme Linie

A und B haben in oder auſſer der Ehe concumbiret. Wann alſo Vater, Mutter und Kinder bezeichnet werden ſollen, ſo geſchieht dieſes alſo:

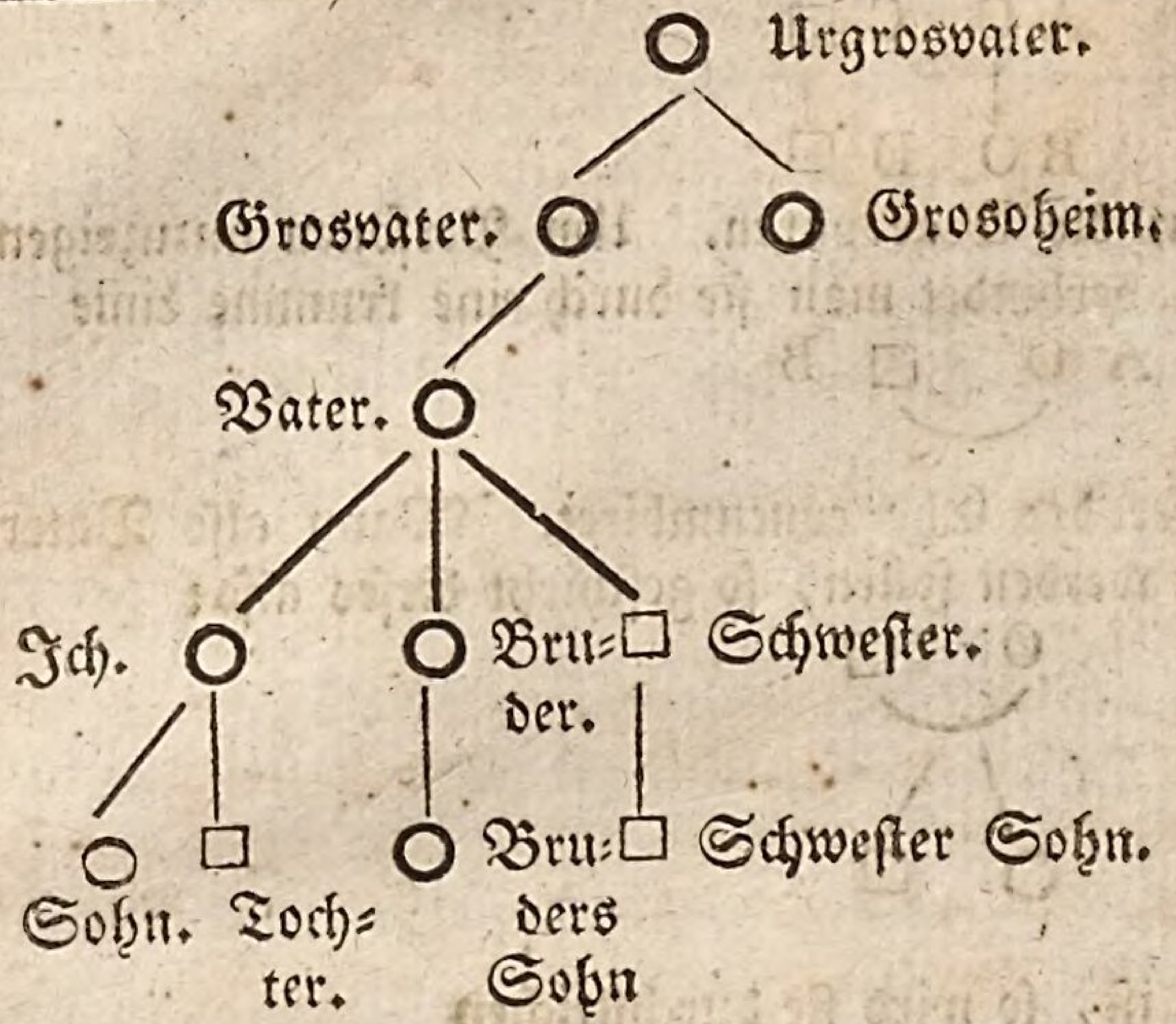
Wann eine Perſon verſtorben iſt, ſo wird ſie durchſtrichen



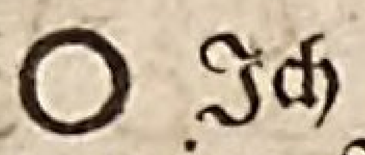
B iſt alſo verſtorben, A C und D ſind noch am Leben. Mit dieſen Zeichen iſt es leicht, ganze Verwandtſchaftstafeln, oder Sipſchaftsbäume (ſchemata cognationis) zu entwerfen. Hier ſind einige:



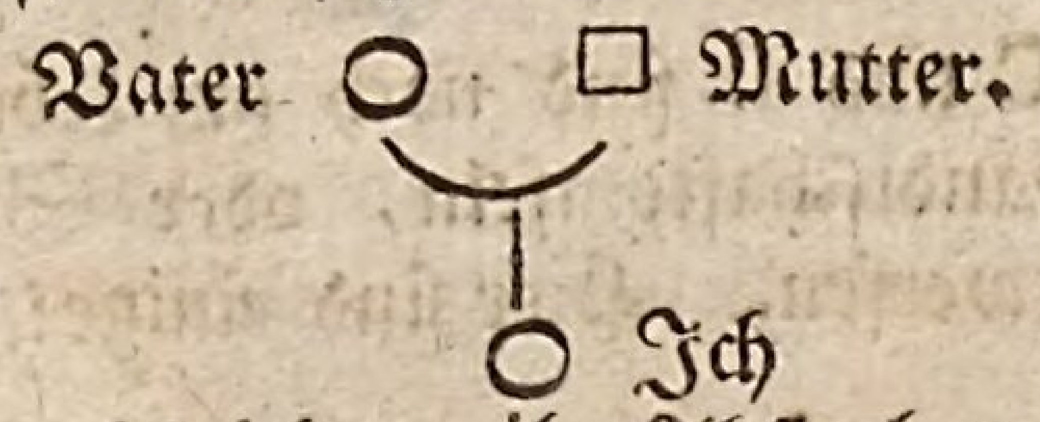
 Urgros-



Eine nützliche Uebung für Anfänger iſt es, ſolche Tafeln zu verfertigen; und ſie haben dabey zu bemerken, daß man jedesmal bey ſich ſelbſt die Bezeichnung anfängt. Wenn ich meine Stiefmutter vorſtellen ſoll, ſo ſetze ich mich zuerſt hin

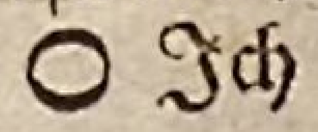


Alsdann ſteige ich hinauf, und ſetze meine Mutter und meinen Vater.

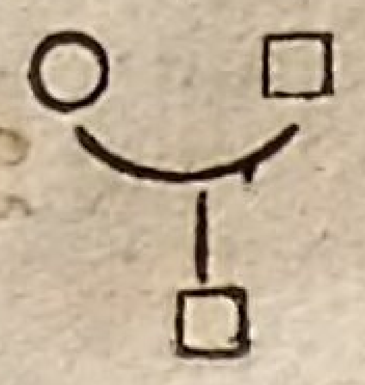


Nun wird die Mutter durchſtrichen, ihr Abſterben anzuzeigen, und dem Vater eine zweyte Frau gegeben

Soll ich meinen Schwiegerſohn vorſtellen, ſo ſetze ich mich an

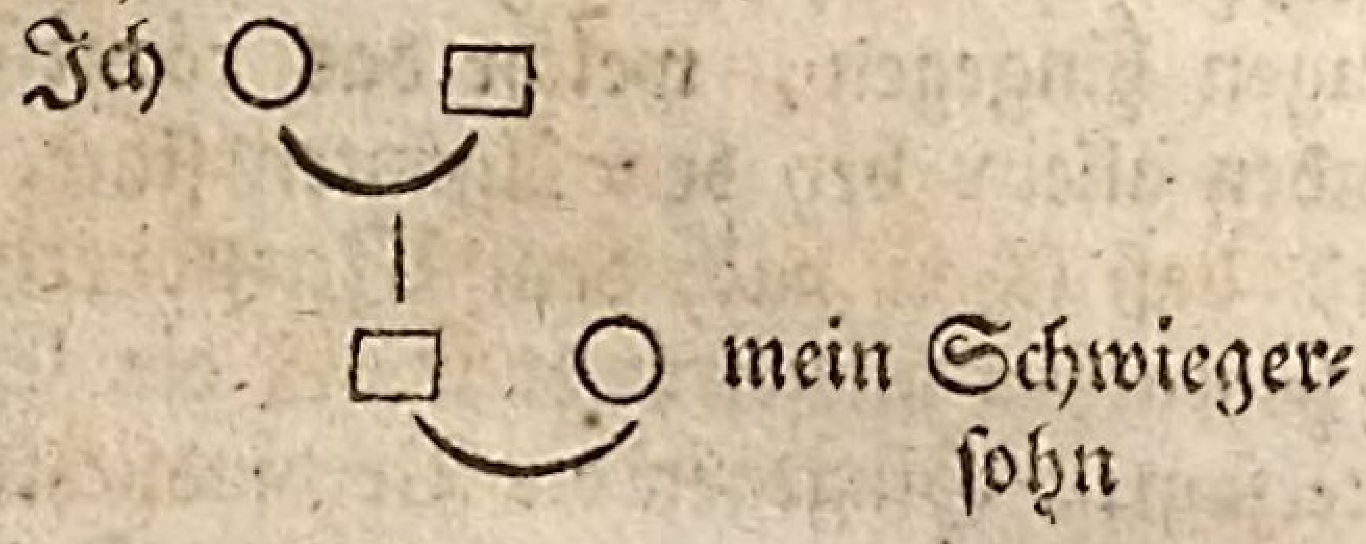


Alsdann meine Frau und Tochter,



und

und endlich den Mann dieſer Tochter



Einige juriſtiſche Räthſel, woran man ſeinen Scharfſinn üben kann, ſind: 1) Die leibliche Schweſter meiner Tante, die nicht meine Tante iſt, wie iſt ſie mit mir verwandt? 2) Dieſes Menſchen Vater iſt meines Vaters einziger Sohn, wie iſt er mit mir verwandt? 3) Dieſes Kind iſt von meiner Mutter gebohren, und iſt gleichwohl weder ihr Sohn, noch mein Bruder. Wie iſt es mit ihr und mir verwandt? 4) Zwey Weibsperſonen zeigen auf ihre Kinder, und ſagen:

Dieſe Kind ſind unſre Kind,
Ihrer Väter unſre Brüder ſind,
Und dieſes doch in rechter Eh:
Nun rathe wie die Sippſchaft ſteh!

Die Auflöſung dieſer Räthſel ſoll unten mitgetheilt werden.

Anmerkung. 1) Die cognati ſind nach römiſchem Recht entweder *cognati* und *agnati* zugleich, oder *cognati* allein. Nemlich Blutsfreunde, die durch Mannsperſonen mit einander verwandt ſind, heiſſen *agnati et cognati ſimul*, oder *agnati* in engerem Verſtande; ſolche aber, deren Verwandtſchaft durch Weibsperſonen entſteht, heiſſen *cognati* allein, oder *cognati* in ſtrengerem Verſtande. Man kann auch ſagen, bey den Agnaten entſteht die Verwandtſchaft durch Zeugung, bey den Cognaten durch gebähren. Agnaten alſo von mir ſind, mein Vater, mein Sohn, meine Tochter, meine Schweſter, mein Bruder, meines Vaters Bruder, meines Bruders Sohn ꝛc. Cognaten aber meine Mutter, Grosmutter, meiner Mutter Bruder, Mutter Schweſter ꝛc. (*,¹)

2) Die römiſche Geſetze ſagen, die iura cognationis ſeyen naturalia, die iura agnationis aber ciuilia. Was heiſt dieß? Ich glaube, es will ſo viel ſagen: die Natur ſelbſt hat ſchon Blutsfreunde, auch die bloſe Cognaten verbunden; die bürgerliche Geſetze aber haben unter den Agnaten noch eine neue und beſondere Verbindung geknüpft; oder cognatio iſt die natürliche Verwandtſchaft des Blutes, agnatio die Verbindung, welche die bürgerliche Geſetze unter den Verwandten geſtiftet haben. Die Wirkungen alſo, welche die Verwandtſchaft nach dem Naturrecht hervorbringt, haben bey den

Cogna-

Cognaten ſowohl, als bey den Agnaten ſtatt; dann beyde ſind Blutsfreunde. Die Wirkungen hingegen, welche das römiſche Recht der Verwandtſchaft beylegt, finden allein bey den Agnaten ſtatt. Z. E. die römiſche Geſetzgeber glauben, daß ſchon nach dem Naturrecht die nächſte Verwandten einander nicht heyrathen dürfen; daher iſt die Ehe ſowohl den Cognaten, als Agnaten unterſagt. Hingegen die Verbindlichkeit über meine unmündige Verwandten Vormund zu werden, und das Succeſſionsrecht iſt eine Verordnung des römiſchen Rechts, wovon das Naturrecht nichts weiß; deswegen findet beydes auch nur bey den Agnaten ſtatt.

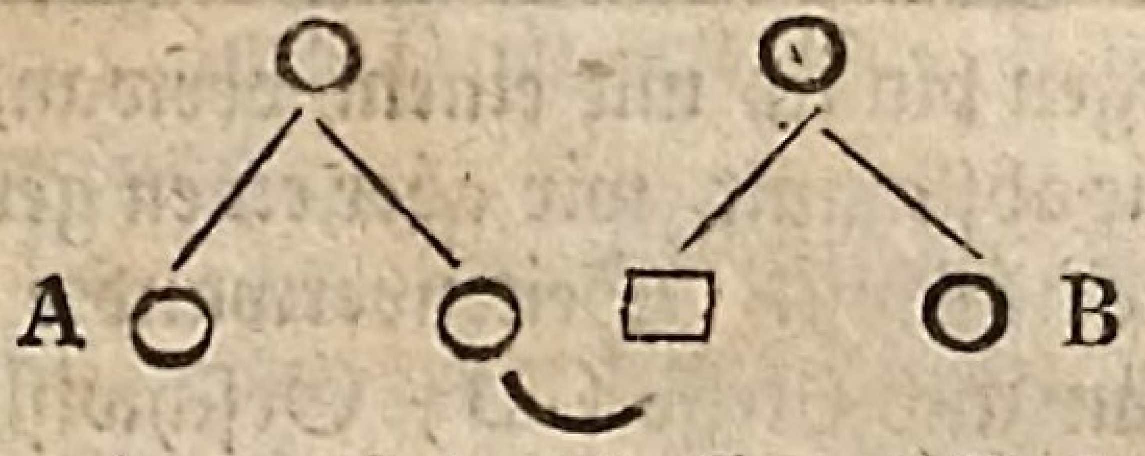
3) Die Agnaten ſind entweder Gentilen oder Agnaten in ſtrengerem Verſtande. Gentiles nennte man Perſonen, die zwar einen gemeinſchaftlichen Stammvater hatten, aber doch ſo weitläuftig verwandt waren, daß ſie den Grad der Verwandtſchaft nicht angeben, keinen Stammbaum mehr entwerfen konnten. Sie führten den Beweis der Verwandtſchaft blos durch das nomen gentilitium, imagines gentilitias, ſacra gentilitia u. d. g. Solang ein Römer noch wußte, wie er mit dem andern verwandt war, nennte er ihn ſeinen Agnaten (*[2]).

4) Juſtinian hat den rechtlichen Unterſchied zwiſchen Agnaten und Cognaten aufgehoben; die Cognaten kommen zur Vormundſchaft und Succeſſion mit den Agnaten.

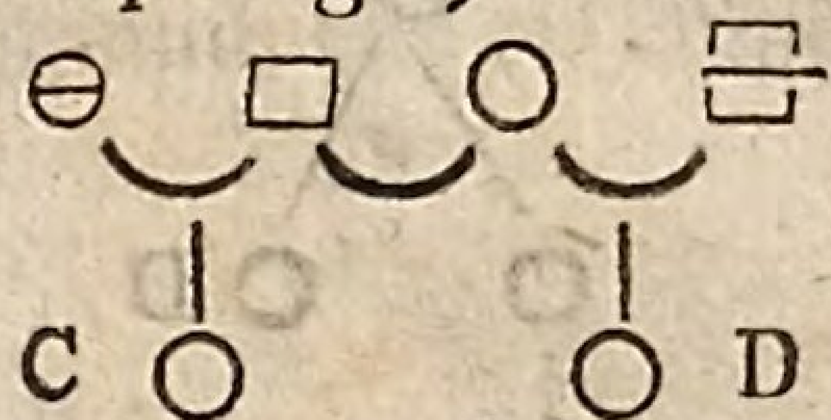
5) Die Verwandtſchaft iſt entweder **blos natürlich**, oder **blos bürgerlich**, oder **beydes zugleich**. Eine Verwandtſchaft, welche durch die Annehmung an Kindesſtatt entſteht, heiſt blos bürgerlich; die, welche durch unehlichen Beyſchlaf, oder durch eine Sklavenehe (contubernium ſeruile) entſteht, iſt blos natürlich; diejenige endlich, welche durch ehliche Fortpflanzung bewirkt wird, heiſt bürgerlich, und natürlich zugleich. Alle drey Arten von Verwandtſchaften ſind übrigens ein Hinderniß der Ehe.

6) Die Quaſiadfinität entſteht entweder aus dem **Eheverlöbniß**, oder bleibt nach der **Eheſcheidung**. Wann ich mich nemlich mit einer Perſon verlobe; ſo werde ich von ihren Verwandten ein quaſi adfinis; und wann ich mich von meiner Ehefrau ſcheiden laſſe, ſie aber nach der Eheſcheidung Kinder von einem andern Manne gebiehrt: ſo ſind dieſe meine quaſi adfines. Auch wann ich nach der Eheſcheidung Kinder mit einer andern Frau zeuge, ſo ſind ſie quaſi adfines von meiner erſten Ehefrau.

7) Wann zwey Perſonen einander beyſchlafen, ſo werden dadurch die Verwandten der einen Perſon keine Schwäger von den Verwandten der andern (conſanguinei duorum concumbentium non ſunt adfines), z. E. der Bruder eines Ehemannes iſt kein Schwager von dem Bruder der Ehefrau; oder kurz A und B ſind keine Schwäger.



Auch zugebrachte Kinder, (conprivigni) C und D ſind nicht verſchwägert.



(1) *D'Arnaud* var. coniect. lib. 1. cap. 6. und *Ern. Martin. Chladenius* de gentilitate vet. Rom. cap. 1. § 7. pag. 12. behaupten, nur in den Seitenlinien gebe es Agnaten, nicht in der auf- und abſteigenden. Aber *Püttmann* interpret. & obſerv. cap. 10. widerlegt dieſe ſonderbare Meinung gründlich.

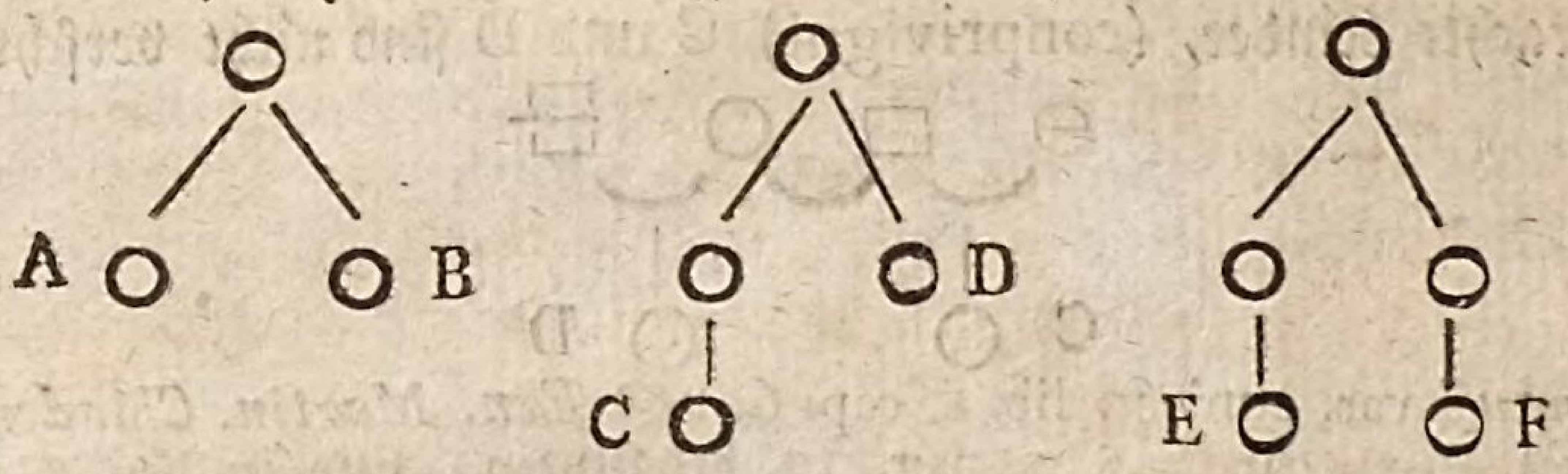
(2) *Chladenius* l. c. cap. 1. §. 3. & 7. cap. 6. §. 3.

§. 116. Von den Graden und Linien.

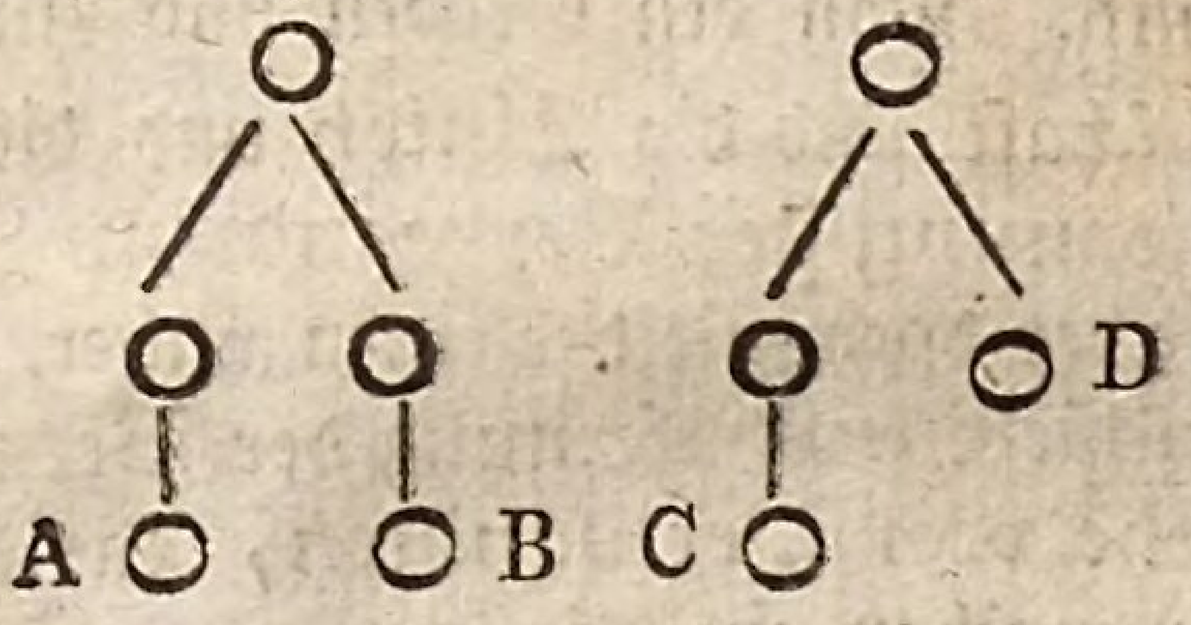
Bey der Blutsfreundſchaft ſind die Linien und die Grade zu bemerken. Der Grad iſt die Entfernung der Verwandten. Ich kann von zwey Perſonen ein Verwandter, aber doch mit der einen näher, als mit der andern verwandt ſeyn. Dieſe verſchiedene Entfernung der Verwandten heiſt der Grad. Die Linie iſt eine Reihe von Verwandten, das heiſt mehrere Verwandten zuſammen genommen machen eine Linie aus. Die Linie iſt entweder die gerade oder die Seitenlinie. Wann ich von einem abſtamme, oder er von mir; ſo ſind wir in der geraden Linie verwandt. Dieſe Linie enthält alſo Descendenten, und Ascendenten. Nemlich meine Descendenten heiſen alle die, welche von mir abſtammen; mein Sohn, Enkel, Urenkel ꝛc.; meine Ascendenten diejenige, von denen ich abſtamme; mein Vater, Grosvater, Urgrosvater ꝛc. ꝛc. Die gerade Linie wird auf dieſe Art vorgeſtellt:

Urgrosvater.
Grosvater.
Mein Vater.
Ich.
Mein Sohn.
Enkel.
Urenkel.

In der Seitenlinie hingegen bin ich mit einem verwandt, wann ich nicht von ihm, und er nicht von mir abſtammt, wir aber einen gemeinſchaftlichen Stammvater oder Stammmutter haben. Seitenverwandten oder collaterales alſo ſind Brüder AB; Oheim und Neffe CD; Geſchwiſter Kinder E F ꝛc.



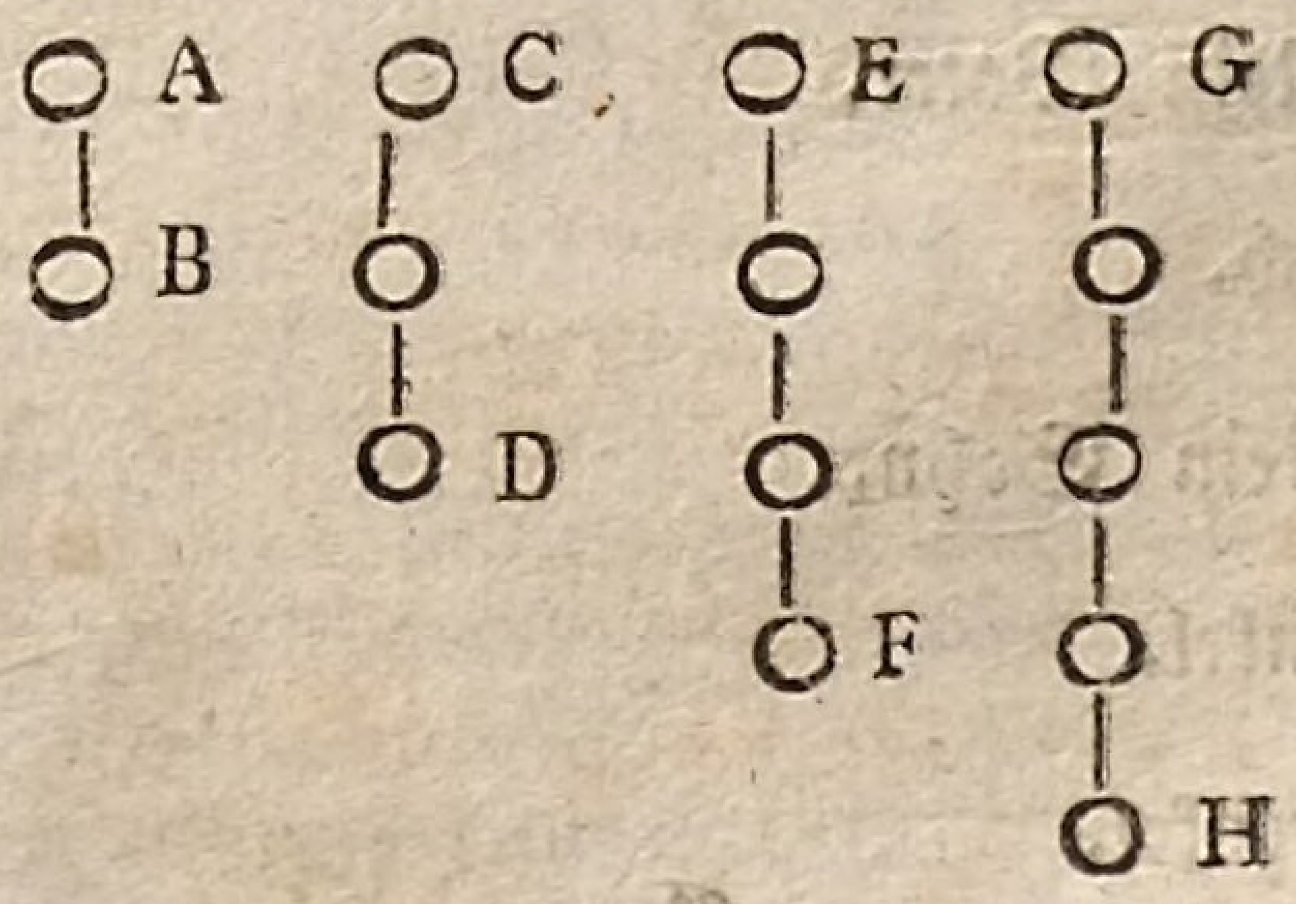
Die Seitenlinie iſt entweder gleich oder ungleich. Gleich heiſt ſie, wann auf der einen Seite ſo viel Perſonen als auf der andern ſind; ungleich, wann auf der einen ihrer mehr ſind. Z. E.



A und B ſind in gleicher, C und D in ungleicher Linie verwandt.

§. 117. Zählung der Grade in gerader Linie.

Der Grad iſt die Entfernung der Verwandten. (§. 116.) Es fragt ſich alſo, wie beſtimmt man dieſe Entfernung, wie zählt man die Grade? Man unterſcheide hier die römiſche und canoniſche Zählungsart, (computationem civilem et canonicam.) In der geraden Linie ſtimmen beyde Rechte überein; denn beyde haben die Regel: ſo viel der Generationen ſind, ſo viel ſind der Grade. Da nun die Generationen durch Striche, die von oben nach unten gehen, angedeutet werden, ſo darf man nur dieſe Striche zählen, und man weiß die Grade; z. E.

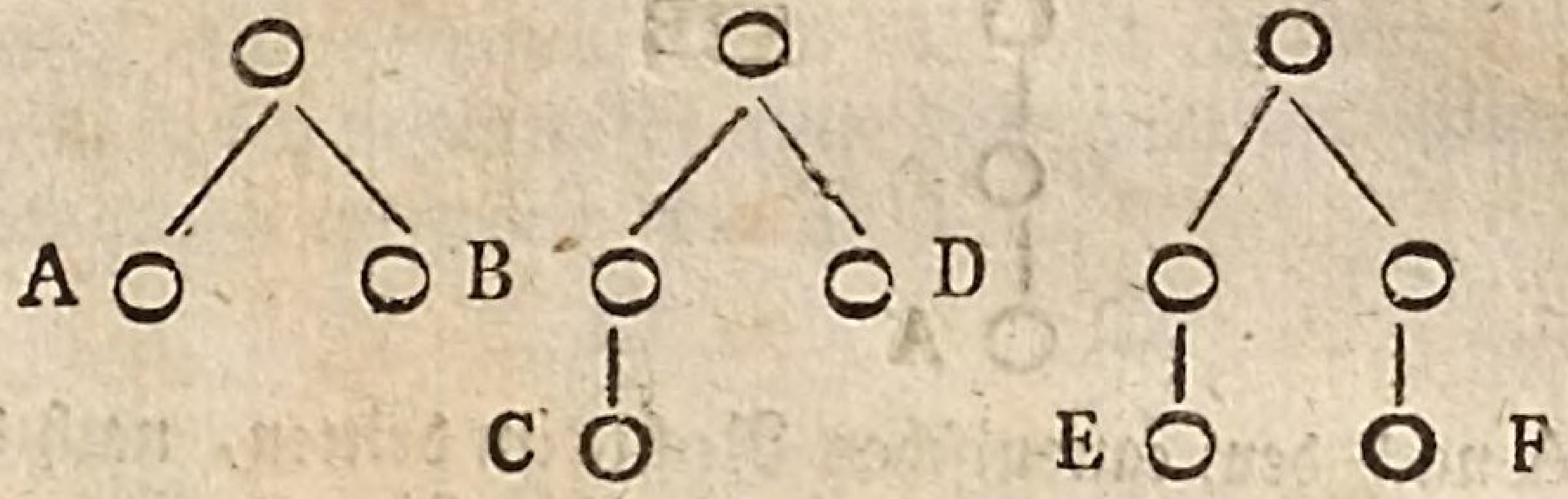


A und

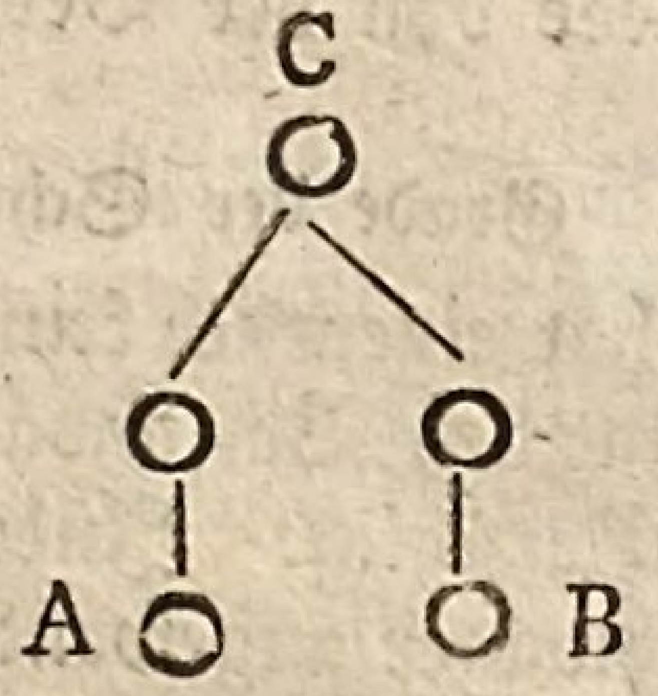
A und B ſind im erſten, C und D im zweyten, E und F im dritten, G und H im vierten Grade verwandt.

§. 118. In der Seitenlinie.

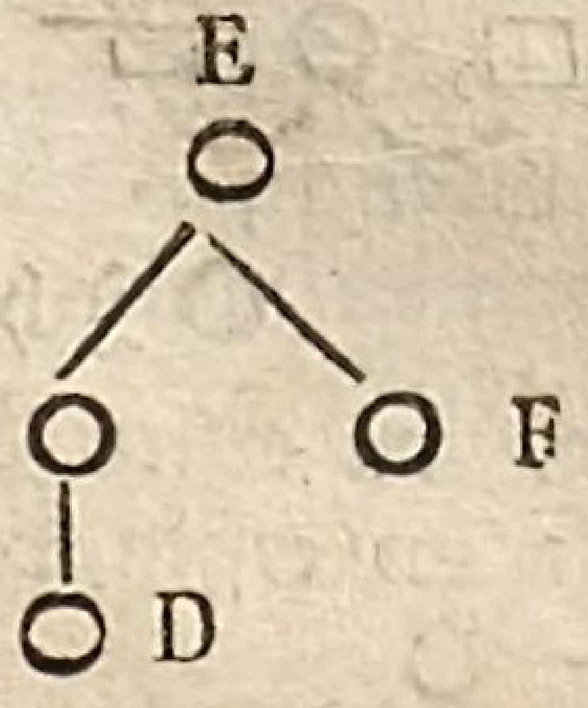
In der Seitenlinie aber gehet das römiſche und canoniſche Recht von einander ab. Das römiſche bleibt bey der Regel: ſo viel Generationen, ſo viel Grade. Alſo man zähle auch hier die Generationslinien.



A und B ſind im zweyten, C und D im dritten, E und F im vierten Grade verwandt. Aber das canoniſche Recht giebt die Regel: man zähle nur Eine Seite, und zwar in der ungleichen Seitenlinie die längſte Seite. In dem Grade, worin eine der quäſtionirten Perſonen mit dem gemeinſchaftlichen Stamme verwandt iſt, in demſelben Grade iſt ſie auch mit der andern quäſtionirten Perſon verwandt. Z. E. man will wiſſen, in welchem Grade Geſchwiſter-Kinder A und B verwandt ſind.

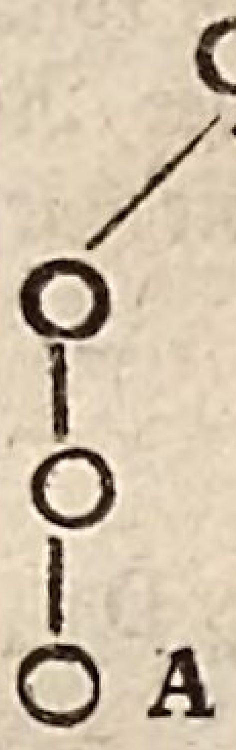


Man zähle wie A mit C, oder auch, wie B mit C verwandt iſt. Thut man dies, ſo findet man, daß jeder im zweyten Grade mit C verwandt ſey. In dieſem Grade ſind daher auch A und B nach canoniſchem Recht unter einander verwandt. Nach dem römiſchen ſtehen ſie im vierten Grade. Oder



man will wiſſen, wie D mit ſeinem Oheim, mit F verwandt iſt. Man zähle die längſte Seite, das heiſt, wie D und E verwandt ſind. Sie ſtehen im

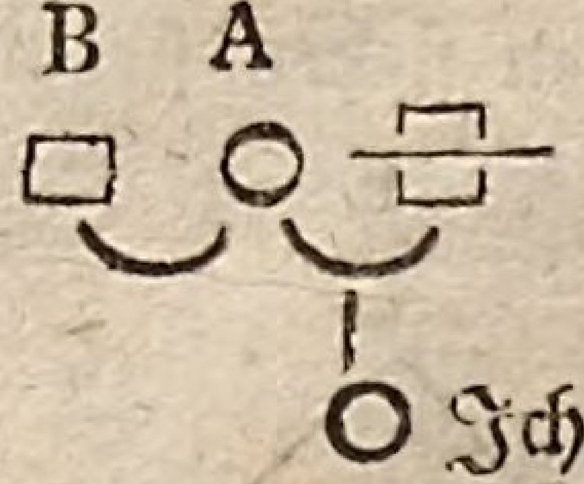
zweyten Grade. Alſo ſind D und F nach dem canoniſchen Recht auch Verwandte des zweyten Grads; nach dem römiſchen ſtehen ſie im dritten Grade. Meines Grosvaters Schweſter iſt mit mir,



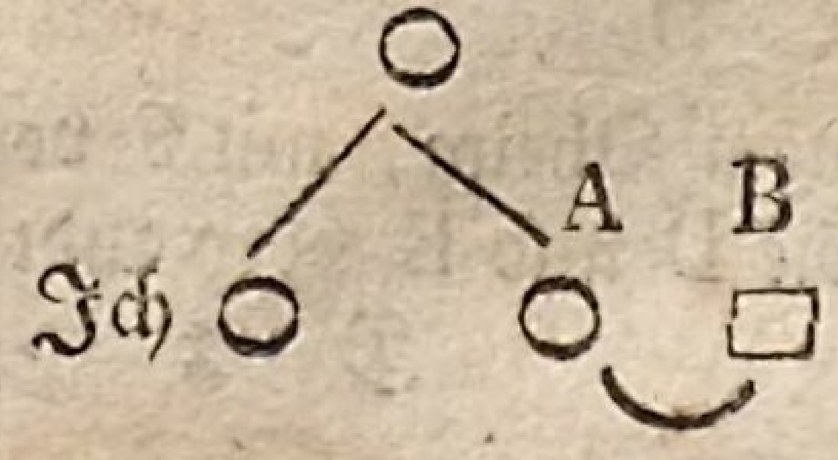
oder B iſt mit A nach dem canoniſchen Rechte im dritten, nach dem römiſchen im vierten Grade verwandt. Daß die römiſche Art zu zählen der Vernunft viel gemäſſer ſey, als die canoniſche, iſt offenbar. Ein jeder fühlt, daß Oheim und Neffe näher verwandt ſind, als Geſchwiſter Kinder unter ſich; gleichwohl ſind ſie nach der canoniſchen Computation beyde im zweyten Grade verwandt. Die Grade ſollen ſich auf die Generationen gründen, warum will man aber zwey Generationen für einen Grad zählen, und warum zählt man die Generationen zwiſchen der einen quäſtionirten Perſon und zwiſchen dem Stammvater, da doch nicht die Rede von der Verwandtſchaft zwiſchen dieſen Perſonen iſt?

§. 119. Grade der Schwägerſchaft.

Die Schwägerſchaft hat eigentlich keine Grade, dann die Grade entſtehen aus der Generation, und bey Verſchwägerten iſt keine Verbindung durch Generation, ſondern durch Beyſchlaf. Indeſſen hat man doch die Lehre von den Graden auch auf die Schwäger angewendet; und die Regel feſtgeſetzt: in dem Grad, worin jemand mit mir verwandt iſt, in demſelben Grad iſt auch die Perſon, welche mit ihm concumbiret, mir verſchwägert; z. E.



Ich bin mit A, meinem Vater, im erſten Grade verwandt, daher bin ich auch mit B, meiner Stiefmutter im erſten Grade verſchwägert. Oder

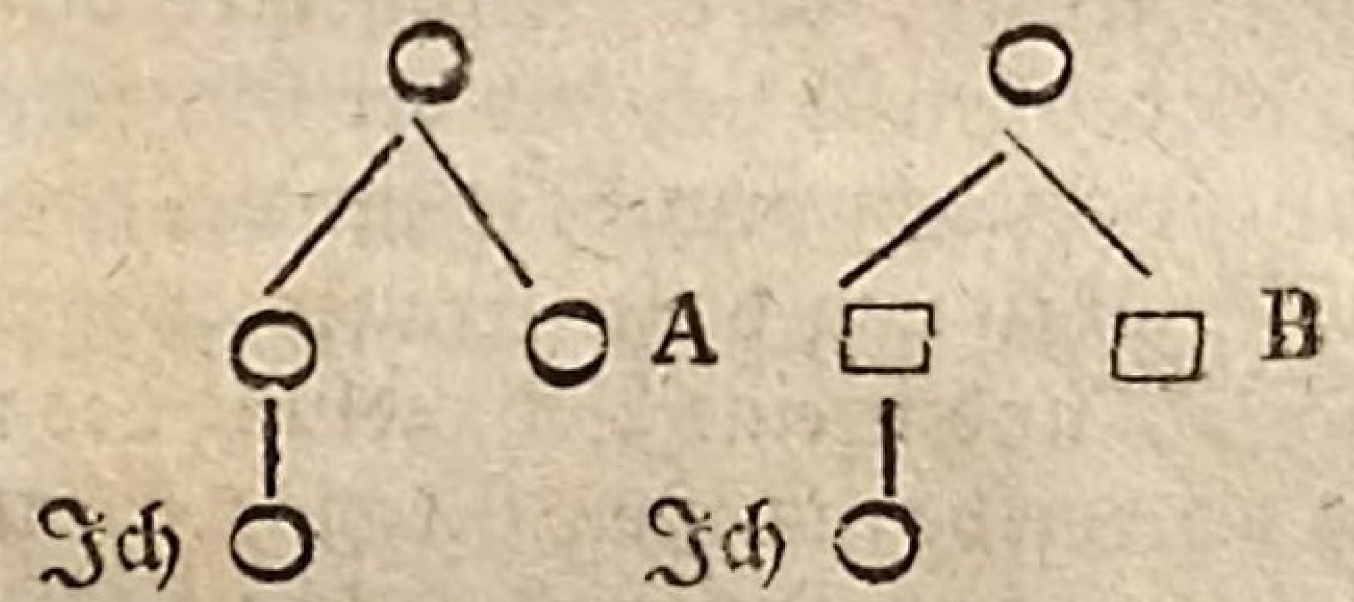


Ich

Ich bin mit A meinem Bruder im zweiten Grade nach römiſchem Recht, im erſten nach canoniſchem verwandt. Alſo bin ich mit B im zweyten Grade nach römiſcher Zählart verſchwägert, nach der canoniſchen aber im erſten.

§. 120. Perſonen, die an Eltern ſtatt ſind.

Von gewiſſen Perſonen ſagt man, daß ſie mir an Eltern ſtatt ſeyen. Ein Blutsfreund nemlich iſt mir an Eltern ſtatt, wann er eines meiner Aſcendenten Bruder oder Schweſter iſt, oder wie es unſer Autor undeutlicher ausdrückt, wenn er ſich unmittelbar unter dem gemeinſchaftlichen Stamme befindet, und ich davon entfernter bin. Z. E.



A iſt mir an Eltern ſtatt, denn er iſt meines Vaters Bruder; B iſt mir an Eltern ſtatt, denn ſie iſt meiner Mutter Schweſter. Mein Grosoncle (thius) und meine Grostante (thia) ſind mir ebenfalls an Eltern ſtatt, denn ſie ſind meines Grosvaters Bruder und Schweſter. Man nennt dieſes Verhältniß den *reſpectum parentelae*.

§. 121. Regeln von den verbotenen Graden nach römiſchem Rechte.

Weiß man die bisher vorgetragene Begriffe und Regeln: ſo iſt es leicht, die Regeln von den verbotenen Graden zu verſtehen. Die Regeln des römiſchen Rechts ſind: 1) **in der geraden Linie**, oder zwiſchen **Aſcendenten und Deſcendenten iſt die Ehe bis ins Unendliche** (das heiſt, der Grad mag ſo entfernt ſeyn, als er will, **verboten**. Alſo Vater und Tochter, Mutter und Sohn, Grosvater und Enkelin, Grosmutter und Enkel ꝛc. dürfen einander nicht heyrathen; und wann Adam wieder auferſtünde, ſo dürfte er nach dieſer Regel keine Erdentochter freyen, weil ſie alle in gerader Linie von ihm abſtammen. 2) In der Seitenlinie iſt der zweyte Grad verboten, das heiſt Geſchwiſter dürfen einander nicht heyrathen. 3) Die folgende Grade ſind erlaubt, wenn nur eine Perſon der andern nicht an Eltern ſtatt iſt. Denn wann dieß iſt, ſo verhindert der reſpectus parentelae die Ehe. Alſo Geſchwiſterkinder können ſich heyrathen, aber Oheim und Niece, Tante und Neveu nicht.

§. 122. Verbote des moſaiſchen Rechts.

Im moſaiſchen Geſetze, und zwar 3. B. Moſ. 18. und 20. Cap. iſt 1) die Ehe verboten zwiſchen Eltern und Kindern, 2) zwiſchen Grosvater und En-

kelin, 3) zwiſchen Geſchwiſtern, 4) zwiſchen mir und meines Vaters Schweſter, desgleichen 5) zwiſchen mir und meiner Mutter Schweſter. Es wird aber darüber geſtritten, 1) ob dieſe Geſetze die Chriſten verpflichten, und wann man dieſes bejahet, 2) ob die Perſonen, oder die Grade verboten ſind; das heiſt: ob blos denen Perſonen das Heyrathen unterſagt iſt, die im dritten Buch Moſ. ausdrücklich genennt ſind, oder ob auch ſolchen Perſonen die Ehe verboten iſt, die dort nicht ausdrücklich genennt ſind, die aber in demſelben Grade mit einander verwandt ſind, worinn die dort benannte ſtehen? Nemlich die Ehe mit der Tante iſt verboten, iſt alſo die Ehe mit dem Oheim auch unterſagt? Ferner, da der Grosvater die Enkelin nicht heyrathen darf, ſo fragt ſichs, ob der Enkel ſich mit der Grosmutter verehlichen könne. 3) Ob der Landesherr in den von Moſes verbotenen Fällen diſpenſiren könne? Die Entſcheidung dieſer Fragen gehört nicht hierher, ſondern in die theologiſche Moral, und in eine Abhandlung des moſaiſchen Rechtes (*[1])

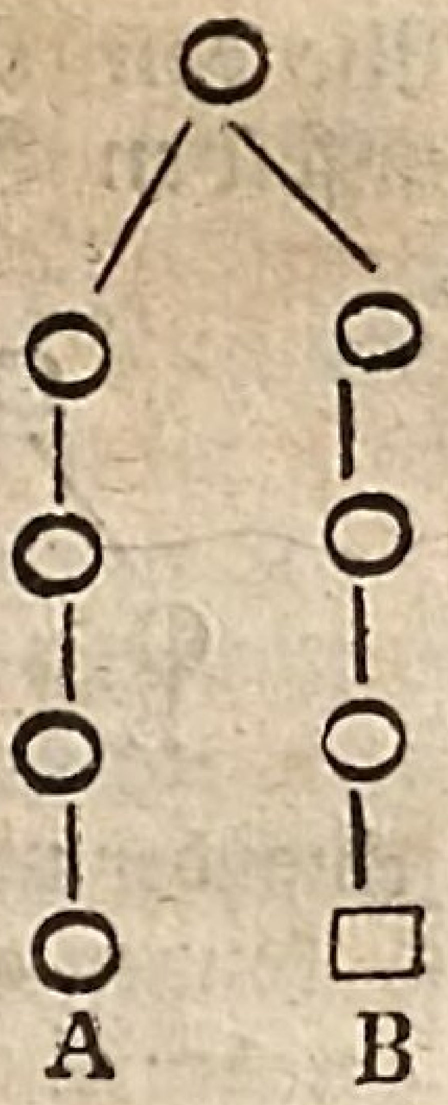
Sonſt war es die von den meiſten Rechtsgelehrten angenommene Meinung, a) daß dieſe Geſetze noch jetzt verbindliche Kraft haben, b) daß ſie nur die Perſonen nicht die Grade verbieten, wo nicht der ausgelaſſene Fall mit dem benennten völlig einerley iſt, (die Ehe alſo zwiſchen dem Enkel und der Grosmutter ſey verboten;) und c) daß dagegen keine Diſpenſation ſtatt finde. Allein die neuere aufgeklärteſte Theologen halten die moſaiſche Eheverbote für bloße Policeygeſetze, welche allein den jüdiſchen Staat angehen. Der Landesherr könne alſo auch die in der Bibel ausdrücklich verbotene Ehen erlauben. Doch ſey es nicht rathſam, die Ehe zwiſchen Aſcendenten und Deſcendenten, desgleichen zwiſchen Geſchwiſtern zu verſtatten, weil dieſes mancherley höchſt ſchädliche Folgen haben würde. Ein Landesherr könne alſo hier mit gutem Gewiſſen nicht diſpenſiren (*[2]).

(1) Man ſehe *Gebauer* diſſ. de matrimonio cum avunculi vidua cap. 2. §. 2. & 3. in opuſc. vol. 1. p. 254 ſqq. Michaelis Abh. von den Ehegeſetzen Moſis, Göttingen 1768. 4. und deſſen Moſ. Recht. 2. Theil. §. 101. u. f. f.

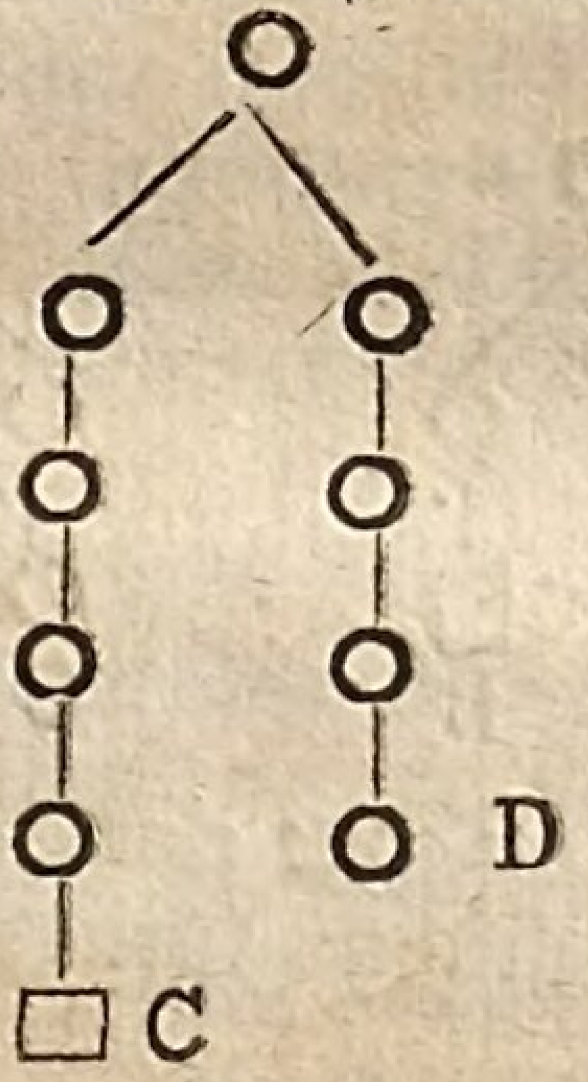
(2) S. Michaelis Moſ. Recht a. a. O. Schott's Eherecht S. 238 u. f.

§. 123. Des canoniſchen und proteſtantiſchen Kirchenrechts.

Das canoniſche Recht verbietet die Ehe 1) in der geraden Linie alle Grade hindurch. 2) In der Seitenlinie bis auf den vierten Grad, nach canoniſcher Zählungsart. Alſo



A und B dürfen ſich einander noch nicht heyrathen, weil ſie im vierten Grad verwandt ſind. Die entferntere Grade ſind erlaubt. Alſo



C und D dürfen einander heyrathen, dann ſie ſind im fünften Grade verwandt.

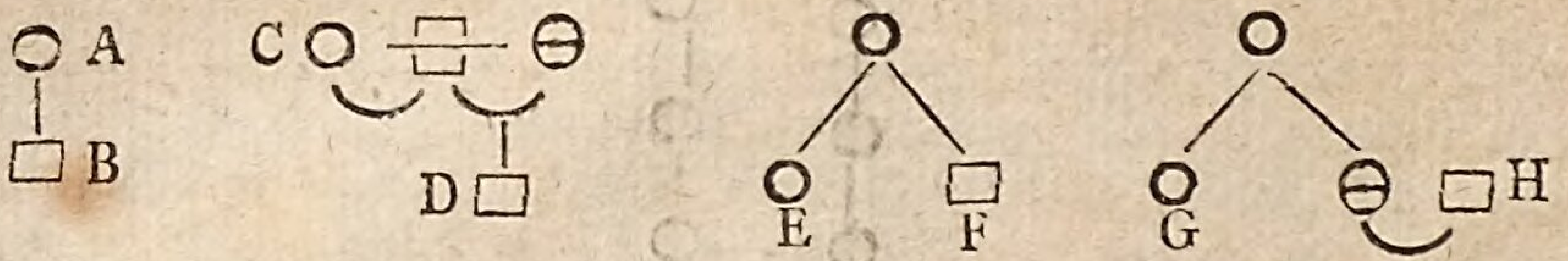
In proteſtantiſchen Ländern ſieht man 1) auf die moſaiſche Geſetze und 2) auf die Kirchenordnungen. Man hat nemlich in vielen Ländern die moſaiſche Eheverbote in den Kirchenordnungen theils beſtätigt, theils weiter ausgedehnt, und noch mehrere Ehen verboten, als in der Bibel unterſagt ſind. Wo man dergleichen Ordnungen aber nicht hat, da iſt, meiner Meynung nach, blos auf das moſaiſche, nicht auf das römiſche, und noch weniger auf das canoniſche Recht Rückſicht zu nehmen (* [1]).

(1) Andere halten dafür, daß das römiſche und canoniſche Recht allerdings bey den Proteſtanten gelte. Noch andere, daß durch eine beynahe allgemeine Obſervanz der dritte Grad, und die entferntere, wobey reſpectus parentelae eintritt, verboten, die übrigen aber erlaubt ſeyen. S. G. L. *Boehmer* princip. iur. can. §. 411. (edit. 2.) not. 6. Schott's Eherecht S. 252. u. f.

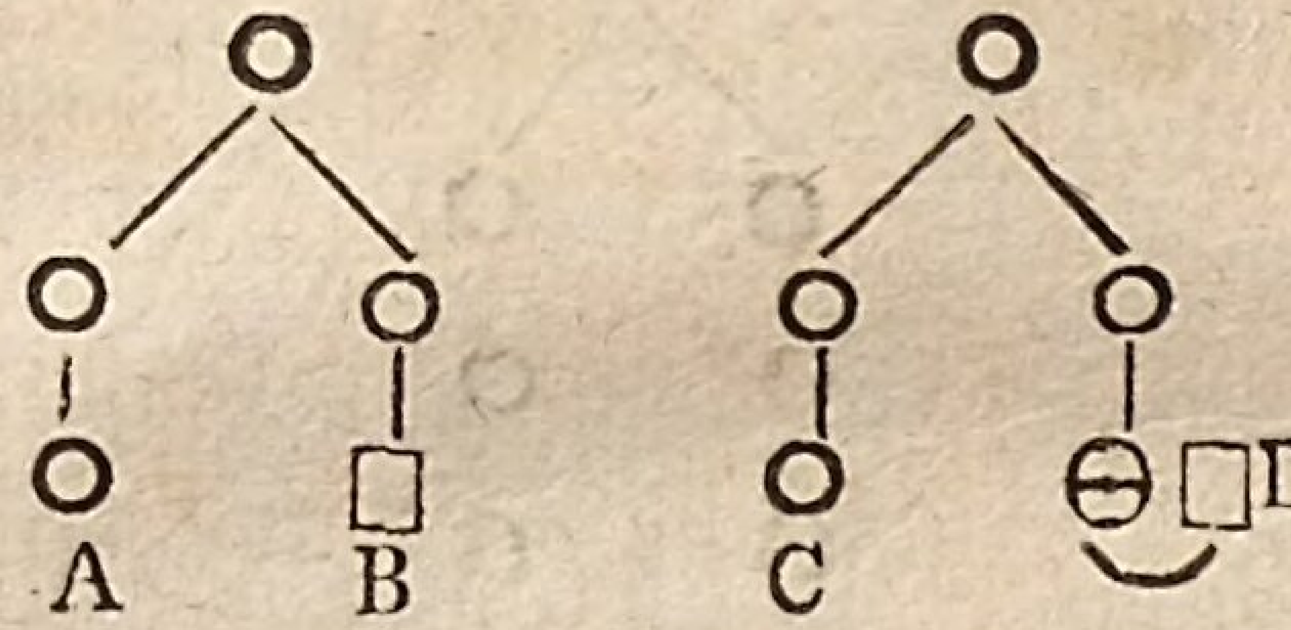
§. 124. Ehen, die wegen der Schwägerſchaft verboten ſind.

Welche Ehen aber ſind der Schwägerſchaft wegen verboten? Das römiſche und canoniſche Recht haben die Regel, wann in einer Linie, oder

in einem gewiſſen Grade die Ehe den Verwandten verboten iſt: ſo iſt ſie in derſelben Linie, in demſelben Grade auch den Schwägern verboten, z. E.



Da A und B Vater und Tochter einander nicht heyrathen können, weil ſie in der geraden Linie verwandt ſind: ſo können es auch C und D, Stiefvater und Stieftochter nicht, denn ſie ſind in gerader Linie verſchwägert. E und F ſind im zweyten Grad verwandt, und können daher ſich nicht heyrathen. Eben daher iſt es auch dem G und der H verboten, denn ſie ſind in eben dieſem Grade Schwäger. Hingegen



A und B können nach römiſchem Rechte eine Ehe ſchlieſſen, da ſie Blutsfreunde im vierten Grade ſind. Aus gleichem Grund iſt es daher auch dem C und der D erlaubt.

Nach dem moſaiſchen Recht hat die Sache mehr Schwierigkeiten. Dieſes Recht verbietet 1) die Ehe des Stiefſohns mit der Stiefmutter, 2) mit des verſtorbenen Bruders weib, ausgenommen, wenn der Bruder, ohne Kinder zu hinterlaſſen, geſtorben iſt; dann in dieſem Falle ſoll der überlebende Bruder die Wittwe heyrathen. 3) Die Ehe mit des Vaters Bruders Weib.

Es fragt ſich aber auch hier, ob andere gleiche Grade ebenfalls verboten ſeyen; ob es erlaubt ſey a) die Stieftochter, b) der verſtorbenen Ehefrauen Schweſter, c) des Mutterbruders Wittwe, d) Brudersſohns Wittwe, e) Schweſterſohns Wittwe zu heyrathen.

Ich glaube, daß Moſes nur die Fälle verbieten wollte, die er ausdrücklich nennt. Nur alsdann, wenn ein ausgelaſſener Fall dem benennten vollkommen gleich iſt, ſo iſt er als ſtillſchweigend verboten anzuſehen. Es iſt alſo die Ehe des Stiefvaters mit der Stieftochter eben ſowohl unterſagt, als die Ehe des Stiefſohnes mit der Stiefmutter. Hingegen in den übrigen Fällen b) c) d) und e) iſt ſie nicht verboten.

Ferner

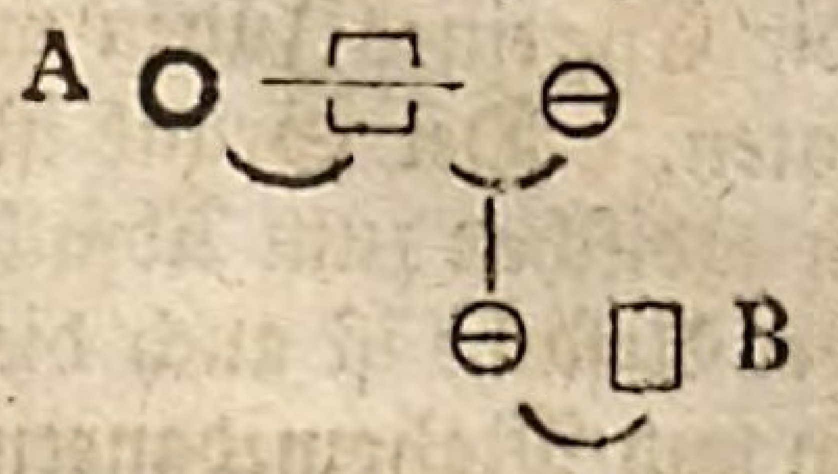
Ferner fragt ſichs, ob in den verbotenen Fällen Diſpenſation ſtatt finde? Die Ehe zwiſchen Stiefeltern und Stiefkindern wird wohl ſchwerlich erlaubt werden, weil die Verſtattung dieſer Ehen auch heutiges Tags viele böſe Folgen haben könnte. Hingegen die Ehe mit des Bruders oder Vaterbruders Wittwe wird weniger Hinderniß finden (* [2]), der verſtorbene Bruder mag nun Kinder hinterlaſſen haben oder nicht.

Vom proteſtantiſchen Kirchenrechte iſt eben das zu wiederholen, was ich in der Lehre von der Verwandtſchaft §. 123. geſagt habe. Man ſieht auf die Kirchenordnungen und auf das moſaiſche Recht.

(1) *Heinecc.* ad L. Jul. & Pap. Popp. lib. 2 cap. 17. §. 2.
(2) Engelhard am a. O. S. 101. u. f. f.

§. 125. Von unanſtändigen Ehen.

Die erſte Art von verbotenen Heyrathen haben wir kennen gelernt. Die zweyte Art ſind die unanſtändige, (nuptiae *indecorae.*) Dahin gehört 1) die Ehe eines Freygebohrnen mit einer Perſon, die artem ludicram getrieben hatte, das heiſt für Geld als Actrice oder Tänzerin auf dem Theater erſchienen war; oder die ein Bordel gehalten hatte; oder ſelbſt eine öffentliche Hure geweſen war; desgleichen mit einer, die ein Hurenwirth freygelaſſen hatte; die im Ehebruch ergriffen, oder wegen dieſes, oder eines andern öffentlichen Verbrechens zur Strafe gezogen worden war. 2) Die Ehe eines Senators, oder Senatorkindes, Enkels, Urenkels mit einer Weibsperſon von der eben beſchriebenen Art; desgleichen mit einer Freygelaſſenen, oder mit einer Perſon, deren Eltern das Theater betretten hatten. Auch den Töchtern, Enkelinnen und Urenkelinnen eines Senators war die Ehe mit Mannsperſonen von dieſer Art verboten. Beyde Verbote waren in der berühmten L. Papia Poppaea enthalten, und Heineccius hat ſie am angeführten Ort in ſeinem Commentar ſchön erläutert. 3) Wer mit einer Weibsperſon einen Ehebruch begangen hat, darf ſie nach römiſchen Geſetzen nicht heyrathen; auch einem Entführer iſt die Ehe mit der Entführten unterſagt. 4) Kann der Stiefvater ſeines Stiefſohns Wittwe, A die B nicht heyrathen.



5) Iſt es nicht erlaubt, daß ich die Weibsperſon heyrathe, welche meine abgeſchiedene Ehefrau von einem andern Manne gebohren hat. Der Grund iſt die Quaſiadfinität. (§. 115. * VI.) Auch wann mein Vater, oder mein Sohn als Verlobter ſtirbt: ſo darf ich ſeine Braut nicht zur Ehe nehmen. Die

Urſache liegt wieder theils in der Quaſiaffinität, theils in Vermuthung, daß der Verſtorbene die Braut ſchon beſchlafen habe; weil man weiß, daß dieß bey Verlobten nicht ungewöhnlich iſt. Allein Juſtinian hat das erſte und zweyte Verbot aufgehoben. Juſtin erlaubte ſchon in der L. 23. C. de nupt. die Ehe eines Senators mit einer Schauſpielerin, (muliere ſcenica,) weil Juſtinian damals ein Frauenzimmerchen dieſer Art, ſeine Theodora, heyrathen wollte; er erforderte aber doch, daß darüber jedesmal bey dem Kaiſer ein beſonderes Reſcript impetriret werden ſollte. Als Juſtinian zur Regierung gelangte, gab er im Jahr 527, 539 und 541 drey Verordnungen, worinn er die beyde Verbote völlig aufhob. Das dritte Verbot iſt im canoniſchen Recht abgeſchafft. Innocentius III. verordnet im cap. fin. X. de raptor. daß der Entführer die Entführte heyrathen dürfe, wann ſie conſentirt; und das tridentiniſche Concilium ſeſſ. 24. de reform. matr. c. 6. ſetzt nur hinzu, wann die Entführte frey, und auſſer der Gewalt des Entführers einwilliget. Der Ehebrecher darf nach den cap. 1. 3. 6. X. de eo, qui duxit in matrimonium, quam polluit per adulterium, die Ehebrecherin heyrathen, wann nur die Ehebrecher einander nicht die Ehe auf den Todesfall der andern Ehegatten verſprochen haben, auch der Ehebrecher ſeiner Frau, und die Ehebrecherin ihrem Manne nicht nach dem Leben geſtanden hat; eine ſeltſame Verordnung, indem niemand wiſſen kann, ob ein ſolches Eheverſprechen geſchehen iſt, und ob keine Nachſtellungen nach dem Leben vorgegangen ſind. Das vierte und fünfte Verbot iſt zwar nicht aufgehoben; indeſſen wird es doch nicht ſchwer ſeyn, in dieſen Fällen Diſpenſation zu erhalten. Nur muß in dem Falle, wenn jemand ſeines verſtorbenen Vaters oder Sohnes Braut heyrathen will, die Braut einen Eyd ablegen, daß der Verſtorbene ſie noch nicht beſchlafen habe (* [1]).

(1) *Knorr* obſ. 83. ad Inſt.

§. 126. Von ſchädlichen Ehen.

Die dritte Gattung von verbotenen Ehen ſind die ſchädlichen, (*noxiae.*) Als ſchädlich iſt nemlich 1) die Ehe eines Juden mit einer Chriſtin, und eines Chriſten mit einer Jüdin verboten. Der Grund iſt die Beſorgniß, der chriſtliche Ehegatte möchte von dem jüdiſchen zum Abfall vom chriſtlichen Glauben verführt werden. Aus gleicher Urſache iſt auch die Ehe mit einem Unglaubigen, (infideli,) alſo mit Heiden und Mahomedanern im canoniſchen Rechte verboten. Can. 15. Cauſ. 28. Qu. I. Chriſten von verſchiedenen Religionspartheyen, z. E. Catholiken mit Lutheranern oder Reformirten können in Deutſchland ohne Zweifel eine gültige Ehe ſchließen. 2) Ein Vormund, tutor oder curator, (* [1]) darf ſich nicht mit ſeiner Pflegbefohlnen verheyrathen, ehe er die

die Vormundsrechnung abgelegt hat. Dann die Geſetzgeber beſorgen, daß ein treuloſer Vormund, welcher übel hausgehalten hat, und mit der Rechnung nicht beſtehen kann, eine ſolche Heyrath brauchen werde, um ſich zu decken, und glauben, daß die pflegbefohlne Ehefrau ſich nicht unterſtehen werde, Rechnung zu fordern. Aus gleichem Grunde darf ein Vormund ſeinen Sohn nicht mit der Pflegbefohlnen verheyrathen, ehe die Vormundsrechnung abgelegt iſt. Die Frau würde eben ſo wenig getrauen, ihren Schwiegervater zur Rechnungsablage anzuhalten. Eine ausführliche Abhandlung über dieſe Materie giebt Weſtenberg. (* [2]) Noch iſt anzumerken, daß dieſe Ehe, wann ſie wirklich geſchloſſen worden iſt, nicht null ſey, wann nicht Landesgeſetze ein anderes verordnen. (* [3]) Daß aber das römiſche Verbot heutzutage ganz aufgehoben ſey, wie Weſtenberg am a. O. §. 33. ſagt, möchte ich nicht behaupten. 3) Soll kein Gouverneur einer Provinz, kein Praeſes, Proconſul, Propraetor u. d. gl. ſich mit einer Weibsperſon aus der Provinz verheyrathen. Auch ſeinen Sohn, Enkel oder andere nahe Verwandte ſoll er nicht mit einer Provinzialin verheyrathen. Die Geſetzgeber glauben, daß die große Gewalt des Gouverneurs keinen freyen Conſens auf Seiten der Weibsperſonen und ihrer Eltern ſtatt finden laſſe. Heutiges Tages fällt dieſes Verbot ganz weg. 4) Nach dem canoniſchen Recht dürfen die Geiſtliche (clerici) und andere Perſonen, welche das Gelübde der Keuſchheit abgelegt haben, nicht heyrathen. Dergleichen ſind a) die Mönche; denn ſie müſſen drey vota oder Gelübde, nemlich der Keuſchheit, Armuth und des Gehorſams ablegen; b) die Ritter des deutſchen Ordens und die Maltheſer Ritter, denn auch dieſe leiſten das Gelübde der Keuſchheit. Bey den Proteſtanten iſt die Ehe den Geiſtlichen erlaubt, ſo wie ſie auch in der erſten chriſtlichen Kirche erlaubt war. Mönche haben wir nicht; allein die proteſtantiſche Ritter des Maltheſer- und deutſchen Ordens dürfen ſich nicht verehlichen.

(1) Der Unterſchied eines Tutors und Curators wird im 23. Titel dieſes Buches erklärt werden.

(2) In Divo Marco. Diſſ. 45.

(3) *Stryk* uſ. mod. tit. de ritu nupt. §. 10. *Gmige* progr. de matrimonio tutoris vel curatoris cum pupilla vel adulta contracto.

§. 127. Wirkungen der Ehe in Anſehung beyder Ehegatten überhaupt.

Die geſetzliche Wirkungen der Ehe betreffen entweder die **Ehegatten** oder die **Kinder**. Jene gehen entweder beyde **Ehegatten**, oder nur **den Mann**, oder nur **die Frau** an. Wirkungen, welche beyde Ehegatten angehen, ſind das Recht der Ehegatten, den **Beyſchlaf** von einander zu verlangen, (ius in corpus;) die **Verbindlichkeit zur ehelichen Treue**, oder die Verbindlichkeit, den Beyſchlaf mit allen andern Perſonen zu meiden; und

die Verbindlichkeit zu einer **gemeinſchaftlichen Wohnung und Haushaltung.**

§. 128. Rechte des Ehemanns und der Ehefrau inſonderheit; Wirkungen der Ehe in Anſehung der Kinder.

Die Rechte des **Ehemannes** ſind 1) eine **Oberherrſchaft über die Frau**, oder das Recht ihre Handlungen zu lenken, in ſo weit es das Beſte der ehelichen Geſellſchaft erfordert. Daraus fließt die Schuldigkeit der Frau, dem Manne Ehrerbietung und Gehorſam zu leiſten; dem Manne zu folgen, wenn er ſeine Wohnung ändert; und das Recht des Mannes, durch die Arbeiten und Bemühungen der Frau zu erwerben. Wenn die Frau im Hausweſen Dienſte leiſtet, kochet, waſchet, nähet rc. kurz, wann ſie operas *domeſticas, oeconomicas* leiſtet, wie ſie die Juriſten nennen: ſo gehört der Nutzen ohne Zweifel dem Manne. Eben dieſes iſt Rechtens, wann der Mann ein Handwerk, eine Kunſt, ein Gewerbe treibt, und die Frau ihm dabey Hülfe, oder, wie die Juriſten ſagen, operas *communes ſ. medias* leiſtet. Wann aber die Frau ſelbſt ein Gewerbe, Handthierung, Kunſt, z. E. Hebammenkunſt treibt, und dadurch etwas erwirbt, (ſi *operis artificialibus* adquirit:) ſo gehört es nach der richtigern Meinung und der Regel nach ihr, und nicht dem Manne. (* [1]) 2) **Die väterliche Gewalt über die Kinder**, welche im vorigen Titel beſchrieben worden iſt.

Die Rechte der Ehefrau ſind 1) daß ſie an dem **Gerichtsſtande und der Würde des Mannes** Theil nimmt. Nemlich ſie ſteht unter derſelben Gerichtsbarkeit, welcher der Mann unterworfen iſt. Wenn z. E. eine Weibsperſon von bürgerlichem Stande einen Mann heyrathet, welcher der akademiſchen Gerichtsbarkeit unterworfen iſt: ſo kommt ſie auch unter dieſe Jurisdiction. Auch die Würde, der bürgerliche Character und Rang des Mannes wird der Ehefrau mitgetheilt. 2) Hat ſie ein Recht auf die Alimente, Eſſen, Trinken, Kleidung und Arzneymittel, und auf die **Vertheidigung.** Wann ſie nemlich injuriirt wird: ſo iſt der Mann befugt, und der Frau verbunden, eine Injurienklage anzuſtellen.

In Anſehung der Kinder folgt aus der Ehe 1) **das Recht der ehelichen Geburt;** eheliche Kinder haben Rechte, welche den unehelichen nicht zuſtehen. Uneheliche Kinder haben nicht die Erbrechte der ehelichen Kinder; werden auch heutzutage nicht in Zünfte oder Gilden aufgenommen. 2) **Die Wirkung der Legitimation.** Wann nemlich jemand Kinder auſſer der Ehe gezeugt hat, und deren Mutter heyrathet, ſo werden die uneheliche Kinder legitimiret, das heißt ehelich gebohrnen gleich geachtet. (§. 139.)

Anmerkung. Nach dem alten römiſchen Recht wurde die Ehe entweder dergeſtalt eingegangen, daß die Frau in manum mariti, das heißt in die Gewalt

Gewalt des Mannes kam, oder nicht. Im erſten Falle hieß ſie *mater familias*; bekam des Mannes Namen, und der Mann hatte beynahe dieſelbe Rechte über ſie, welche ein Vater über ſeine Kinder hatte; alles, was die Frau im Vermögen hatte, gehörte dem Manne eigenthümlich, nnd er adquirirte alles, was ſie erwarb. Sie wurde mit dem Manne als Eine Perſon angeſehen, konnte kein Teſtament machen, hatte das ius ſui heredis, (§. 538. u. ſ. f.) mußte zum Erben eingeſetzt oder exherediret werden u. ſ. w. Im letzten Fall aber hieß die Frau *matrona*; bekam des Mannes Namen nicht; der Mann erhielt nichts als die Brautgabe, das übrige Vermögen blieb der Frau eigen, und hieß bona paraphernalia; die Frau erbte den Mann nicht, und der Mann nicht die Frau, bis endlich der Prätor den Ehegatten einiges Erbrecht gab u. ſ. w. Ayrer am a. O. hat dieſes alles weitläuftig und gut ausgeführt. Zu den Zeiten des Tiberius ſcheint ſchon die conventio in manum ungewöhnlich geworden zu ſeyn. Gellius redet davon, als von einer alten abgekommenen Gewohnheit. In den Pandecten kömmt nichts mehr davon vor. (* [2])

(1) *Stryk* uſ. mod. tit. de rit. nupt. §. 78. ſeqq. Struben rechtl. Bed. 4. Theil. 25. Bedenken.

(2) *Toullieu* de iure nuptar. P. I. C. 5. apud Fellenberg p. 238. Vol. II.

§. 129. Trennung vor der Ehe.

Die Ehe hört auf 1) durch den Tod, ſowohl den natürlichen als den bürgerlichen. Bürgerlicher Tod heißt im römiſchen Recht, wann jemand ſeine Freyheit oder ſein Bürgerrecht verliert. (§. 188.) Wann ſich heutzutage der Fall zutrüge, daß ein Ehegatte in die Sklaverey fiele, oder des Landes verwieſen würde: ſo könnte der andere Ehegatte nach bewandten Umſtänden auf die Eheſcheidung klagen. Aber von ſelbſt (ipſo iure) würde die Ehe nicht aufgehoben ſeyn. Die Ehe wird 2) durch die Eheſcheidung (divortium) getrennt. Man verſteht darunter eine Aufhebung einer an ſich gültigen Ehe, die aus rechtlichen Urſachen von der Obrigkeit geſchieht. Alſo ſie iſt 1) eine Aufhebung der Ehe. Eine Aufhebung des Eheverlöbniſſes heißt repudium. Sie iſt 2) eine völlige Aufhebung der Ehe. Wann man das Eheband nicht trennet; aber den Ehegatten, die in Uneinigkeit und Streit leben, erlaubt, getrennt zu wohnen, um mit Hülfe der Zeit eine Verſöhnung zu bewirken: ſo heißt man dieſes die Scheidung von Tiſch und Bette, *ſeparatio quoad thorum et menſam*. 3) Man hebt ferner eine gültige Ehe auf. Denn iſt die Ehe an ſich nichtig, z. E. zwey Geſchwiſter hätten einander geheyrathet; oder eines der Ehegatten wäre ſchon vor Schließung der Ehe zum Beyſchlaf ganz untüchtig geweſen u. ſ. w. ſo kann die Obrigkeit die Ehe für nichtig erklären, aber keine Eheſcheidung findet ſtatt. 4) Erfordert ſie rechtliche Urſachen. Nach dem alten römiſchen Recht konnten ſich die Ehegatten nach Belieben trennen.

Jn den neuen Geſetzen L. 8. C. de repud. und der Nov. 117. cap. 8. wurden gewiſſe Urſachen feſtgeſetzt. Aber in der Nov. 140. cap. 1. hob Juſtinian dieſe Verordnungen wieder auf, und erlaubte den Ehegatten ſich nach Gefallen zu ſcheiden. Das canoniſche Recht verſtattet gar keine Eheſcheidung, weil es die Ehe für ein Sacrament hält: ſondern erlaubt nur eine Trennung von Tiſch und Bette. Die Proteſtanten endlich ſcheiden die Ehe; aber nur aus wenigen ſehr wichtigen Urſachen. Welche Urſachen dazu hinreichend ſeyen, iſt ſehr controvers. Daß Ehebruch, Lebensnachſtellungen und bösliche Verlaſſung hinreichen, iſt ausgemacht. Allein ob nicht jeder andre Umſtand, welcher macht, daß der Zweck der Ehe nicht mehr erreicht werden kann, ebenfalls eine gegründete Urſache zur Eheſcheidung abgebe, darüber ſtreiten die Kirchenrechtslehrer. Die meiſte neigen ſich indeſſen heutzutage mit Grund zu der bejahenden Meinung. (* 1)

(1) *Puſendorf* Tom. I. obſ. 160. *G. L. Boehmer* princ. iur. can. §. 408.

De dote et pactis dotalibus.

§. 130. Was iſt die Brautgabe?

Gewöhnlich wird bey Schließung der Ehe ein **Brautſchatz** gegeben, und nach römiſchen Sitten auch eine *donatio propter nuptias* errichtet. Von der letzten handelt unſer Autor im 8. Titel des zweyten Buches, §. 416. Von dem Brautſchatz aber iſt hier zu reden. **Brautſchatz, Brautgabe, Mitgift, dos** iſt alles das, was eine Ehefrau ihrem Ehemanne mitbringt, oder was jemand anders im Namen der Ehefrau dem Ehemanne giebt, um die Laſten der Ehe davon zu beſtreiten. Der **Brautſchatz** iſt alſo von den **Paraphernalgütern** unterſchieden. Man verſteht unter dieſen das Vermögen der Frau, was ſie noch auſſer dem Brautſchatze beſitzt. Die ältere lateiniſche Schriftſteller nennen dieſe Güter bona receptitia, die neuere aber bona paraphernalia. (* 1) Heutiges Tages unterſcheidet man bona paraphernalia und receptitia, indem man paraphernalia das Vermögen nennt, was die Frau auſſer dem Brautſchatz hat, aber doch ihrem Manne in den Beſitz und Nießbrauch giebt; receptitia aber, was ſich die Frau zu eigner Diſpoſition und Nutznießung vorbehalten hat. Uebrigens iſt die Diſtinction zwiſchen den Dotal- und Paraphernalgütern ſehr wichtig. Jch will nur den einzigen Nutzen anführen, daß die Dotalgüter in dem Concurs in die zweyte, die Paraphernalgüter aber in die dritte Claſſe geſetzt werden. Wann nemlich jemand mehr Schulden hat, als er bezahlen kann, ſo entſtehet ein Concurs über ſein Vermögen,

mögen, und ſeine Glaubiger werden in gewiſſe Claſſen geſetzt. Die erſte Claſſe geht in der Bezahlung der zweyten vor, die zweyte der dritten ꝛc. Es iſt alſo ein großer Vorzug der Dotalgelder, daß ſie in die zweyte Claſſe geſetzt werden, und die Ehefrau erhält dadurch oft ihre Brautgabe wieder, wenn andere Glaubiger leer ausgehen.

(1) *Huber* praelect. ad Pand. tit. de iur. dot. §. 15.
(2) *Kraut* diſſ. ſub praeſid. *Meiſter*. de bonis uxoris etc. §. 13.

§. 131. Eintheilungen derſelben.

Die Brautgabe iſt von verſchiedener Art. Sie wird 1) in dotem *adventitiam* und *profectitiam* eingetheilt. Wann der Vater aus ſeinem Vermögen ſeiner Tochter, oder ein anderer, aber blos um des Vaters willen, um dieſem einen Gefallen zu thun, einen Brautſchatz giebt; ſo heißt er dos profectitia. Giebt hingegen die Ehefrau ſelbſt aus ihrem Vermögen die Brautgabe, oder ein anderer, der nicht Vater iſt, giebt ſie, und zwar nicht in Rückſicht auf den Vater: ſo heißt ſie dos adventitia. 2) Iſt dos entweder *neceſſaria* oder *voluntaria*. Der Vater nemlich iſt ſchuldig, ſeine Tochter zu dotiren; andere Perſonen aber geben die Brautgabe aus freyem Willen. Wann alſo der Vater einen Brautſchatz mitgiebt, ſo heißt er dos neceſſaria; wann ihn ein anderer giebt, dos voluntaria. 3) Iſt dos entweder *aeſtimata* oder *non aeſtimata*. Wann die bewegliche oder unbewegliche Sachen, woraus die Brautgabe beſteht, in den Ehepacten angeſchlagen werden, ihr Werth feſtgeſetzt wird: ſo heißt es dos aeſtimata; auſſerdem non aeſtimata. Dieſe Diſtinction hat practiſche Wirkungen, wie im §. 418. gezeigt werden ſoll.

Eine wichtige hieher gehörige Frage iſt, ob die Diſtinction in dotem neceſſariam und voluntariam noch im neuern römiſchen Recht und alſo auch bey uns ſtatt finde; ob nemlich auch nach dieſem Recht der Vater verbunden iſt, die Tochter zu dotiren; oder ob dieſes von ſeinem freyen Willen abhänge, und folglich alle Brautgabe nach den neuen Geſetzen dos voluntaria ſey? Viele Rechtsgelehrten (* 1) behaupten dieſes letzte. Ihr Grund iſt, die Töchter hätten deswegen nach alten römiſchen Geſetzen ausgeſtattet werden müſſen, weil ſie durch das Voconiſche Ge etz von der Erbfolge ausgeſchloſſen geweſen ſeyen; da nun dieſes Geſetz in der Folgezeit ſeine Gültigkeit verlohren habe, und nach neuerm römiſchen Recht die Töchter mit den Söhnen erbten; ſo falle die Zwangspflicht der Ausſtattung weg. Allein dieſe Meinung iſt ohne Grund, wie am beſten und ausführlichſten Hombergk (* 2) bewieſen hat. Daher gehen auch andere Juriſten (* 3) davon ab. Das Voconiſche Geſetz war ſchon lange auſſer Uebung, als die römiſche Geſetze noch immer dem Vater die Verbindlichkeit zur Brautgabe auflegten.

(1) *Beyer*

(1) *Beyer* ad pand. tit. de iure dot. §. 7. *Thomaſius* in not. ad pand. tit. de iure dot. p. 237 *Ziegler* diſſ. de iure dotium. §. 8. 9. 10. in diſſ. ſelect. p. 897. *Lynker* reſol. 567 p. 1025. *Wernher* p. 5. obſ. 127. p. 1049. *Leyſer* ſp. 303. med. 11. p. 195. *Hellfeld* iurispr. forenſ. §. 1231. Schmidt Lehrbuch von Klagen p. 300.

(2) Diſſ. de obligatione patris ad conſtituendam dotem non promiſſam. Marb. 1770.

(3) *Perez* ad cod. lib. 5. Tit. 11 num. 6. ſeqq. *Gail* L. 2. obſ. 95. pag. 475. *Coll. Argentor*. Lib. 23. Tit. 3. §. 5. *Struv* Ex. 30. theſ. 7. ibique *P. Müller Brunnemann* ad leg. 13. D. iure dot. *Voet*. ad pand. eod. tit. n. 10. *Lauterbach* coll. theor. pract. ibid. §. 9. *Stryk* in uſu mod. ibid §. 2. *Berger* Oec. iur. Lib. 1. Tit. 3. §. 10. not. 5. pag. 93. edit. noviſſ. *Hert* Dec. 420. n. 3. 4. p. 588. *Engau* P. 2. deciſ. 12. n. 2. p. 10.

§. 132. Rechte derſelben.

Die Brautgabe wird dem Manne zur Beſtreitung der Haushaltungskoſten gegeben. Der Mann genießt alſo 1) allen Nutzen davon; zuweilen wird er völliger Eigenthumsherr, zuweilen bekommt er nur ein eingeſchränktes Eigenthum. (Man ſ. den 418. §.) 2) Sobald die Ehe getrennt wird, hört die Urſache der Brautgabe auf, ſie muß alſo zurückgegeben werden. Wann aber die Frage entſteht, an wen ſie zurückfalle; ſo muß man unterſcheiden, wie die ſiebende Tabelle zeigt.

§. 133. Was ſind Ehepacten?

Der Vertrag, worinn Verlobte oder Ehegatten die Rechte und Verbindlichkeiten feſtſetzen, die in ihrer Ehe ſtatt finden ſollen, heißt **Ehepacten**, *pacta dotalia, nuptialia*. Ihre Gegenſtände ſind die Brautgabe, die Paraphernalgüter, donatio propter nuptias, Verſorgung der Wittwen, Erziehung der Kinder; heutzutag auch ſehr oft das Erbrecht der Ehegatten. Dieſe Verträge ſind gültig, in ſo fern ſie 1) **den Rechten des Ehemannes nicht allzu nachtheilig ſind**; dergleichen wäre z. E. der Vertrag, daß die Ehefrau nicht unter der Oberherrſchaft des Ehemannes ſtehen ſollte; daß der Mann die auf die Dotalgüter verwendte nothwendige Ausgaben nicht zurückfordern; daß er die Nutzungen des Brautſchatzes nicht genießen ſolle u. ſ. w. Sie dürfen aber auch 2) **nicht der Ehefrau zu ſchädlich ſeyn, wann ſie gelten ſollen.** Daher ſind ſie ungültig, wann darinn feſtgeſetzt wäre, daß die Brautgabe den Erben des Mannes verbleiben, und der Wittwe nicht wieder zufallen ſolle; daß der Mann die unbeweglichen Dotalgüter veräuſſern dürfe; daß er keinen Schaden erſetzen ſolle, den er durch Nachläßigkeit den Dotalgütern zufügt; daß die Brautgabe nach des Mannes Tod ſpäter, als die Geſetze es vorſchreiben, zurückgegeben werden ſolle; (die Geſetze nemlich wollen, daß unbewegliche Stücke ſogleich nach Trennung der Ehe, bewegliche binnen einem Jahr zurückgegeben werden ſollen,) u. ſ. w. (* 1)

(1) *Voet.*

(1) *Voet.* ad pand. lib. 23. Tit. 4, §. 17. *Claproth* iurispr. hevremat. part. I. p 316.

§. 134. Klagen, welche wegen des Brautſchatzes angeſtellt werden.

Die Klagen, welche wegen der Brautgabe angeſtellt werden, ſind mancherley. 1) Wann jemand einer Weibsperſon einen Brautſchatz zu geben verſpricht: ſo kann er actione ex ſtipulatu belangt werden, das Verſprechen zu erfüllen. Stipulatio iſt ein feyerliches Verſprechen, das vermittelſt einer ſolennen Formel geſchieht, (§. 805.) und die Klage, welche aus einem ſolchen Verſprechen entſteht, heißt actio ex ſtipulatu. Merkwürdig iſt, daß vermöge der L. un. §. 1. cod. de rei uxor. act. die verſprochene Brautgabe actione ex ſtipulatu gefordert werden kann, wann ſie gleich nicht durch eine wirkliche Stipulation, ſondern mit ſimplen Worten verſprochen worden iſt; dann die Geſetze fingiren die Stipulation. 2) Kann auch wegen einer verſprochenen Brautgabe *actio hypothecaria* angeſtellt werden. Dann wann ich einer Weibsperſon einen Brautſchatz verſprochen habe, ſo bekommt ſie ein Pfandrecht auf mein Vermögen. 3) Wann man die Brautgabe vom Vater fordert, ohne daß er ſie verſprochen hat; ſo muß man condictionem ex leg. ult. Cod. de dote promiſſa anſtellen. Nemlich, wann der Vater keine Mitgift verſpricht, ſo erklärt er entweder zugleich, daß er keine geben wolle, oder nicht. Im erſten Falle iſt die Sache klar. Im letzten aber, entſteht entweder 1) Streit, ehe die Tochter ſich verheyrathet: oder 2) nachdem ſie geheyrathet hat, und bey ihren Lebzeiten: oder 3) nachdem ſie in der Ehe verſtorben iſt, und Kinder hinterlaſſen hat. In allen drey Fällen kann nach der richtigern Meinung der Vater auf eine ſeinem Vermögen proportionirte Mitgift belangt werden, wie Homberg (* 1) gründlich gezeigt hat. 4) Will die Ehefrau oder ihre Erben die Brautgabe nach getrennter Ehe wieder zurück haben: ſo finden drey Klagen ſtatt, a) *rei vindicatio*; denn die Frau iſt nun wieder völlige Eigenthümerin der Brautgabe, und die Klage, welche aus dem Eigenthumsrecht entſteht, heißt rei vindicatio. b) *Actio ex ſtipulatu*, die Zurückgabe der Brautgabe mag wirklich durch eine Stipulation ausbedungen ſeyn, oder nicht, (ſtipulatio fingitur interveniſſe. (§. 1131.) c) *Actio hypothecaria*, weil der Frau wegen ihres Eingebrachten ein ſtillſchweigendes Pfandrecht auf das Vermögen ihres Mannes zukommt.

(1) Diſſ. cit. de obligatione patris ad conſtituendam dotem non promiſſam.

De Legitimatione.

§. 135. Geſchichte der Legitimation.

Die våterliche Gewalt wird durch die Ehe, Legitimation und Adoption erworben. Nach abgehandelter Lehre vom Eheſtande, folgt daher die von der Legitimation. Im alten römiſchen Recht war ſie ganz unbekannt, erſt unter Kayſer Conſtantin und ſeinen Nachfolgern kam ſie auf. (* 1) Wenn man in frühern Zeiten ein unehliches Kind in ſeine våterliche Gewalt bringen wollte, ſo mußte man es entweder arrogiren, d. i. an Kindes ſtatt annehmen; oder bey dem Kayſer beſonders einkommen, und bitten, daß er durch den Weg der Diſpenſation, durch ein Reſcript das Kind meiner våterlichen Gewalt unterwerfe; (ut me legibus ſolveret.) Man hatte alſo keinen ordentlichen Weg, unehliche Kinder zu legitimiren. Noch muß ich anmerken, daß mir das, was der Autor von den Zeiten der freyen Republik anführt, ſehr zweifelhaft iſt. Livius redet am a. O. gar nicht von unehlichen Kindern. Ich glaube alſo nicht, daß damals der Senat Kinder legitimirt habe.

(1) *Heinecc.* ad L. Iul. et Pap. Popp. lib. 2. cap. 4.

§. 136. Was iſt die Legitimation?

Die Legitimation iſt eine Handlung, wodurch unehliche Kinder die Rechte der ehelichen erhalten, und in die våterliche Gewalt kommen. Unehliche Kinder haben die Rechte der ehelichen nicht, ſind auch nicht in des Vaters Gewalt. Wenn aber eine Handlung vorgeht, vermöge deren dieſe Kinder als eheliche angeſehen werden, die Rechte der ehelichen erhalten, und in die våterliche Gewalt kommen: ſo ſagt man, daß ſie legitimirt ſeyen.

Anmerkung. In jeder Legitimation geſchieht alſo eine rechtliche Erdichtung, *fictio iuris*, *μηχάνημα*, wie es in der Nov. 89. cap. 4. heißt (* 1). Die Geſetze fingiren, nehmen an, daß die Kinder ehlich ſeyen, die doch auſſer der Ehe gebohren ſind. Dieſe Fiction kann man die einfache (ſimplicem) nennen, und ſie geſchieht bey jeder Legitimation. Von dieſer iſt die fictio retrotractiva wohl zu unterſcheiden. Dieſe hat nur bey der Legitimation ſtatt, welche durch die Ehe geſchieht. Wann ich nemlich unehliche Kinder gezeugt habe, und ihre Mutter heyrathe, ſo werden die Kinder durch die Ehe legitimiret. Bey dieſer Legitimation hatte man die fictionem retrotractiuam. Man fingirte, daß zur Zeit der Conception und Geburt der Kinder ſchon eine rechtmäßige Ehe unter den Eltern ſtatt gefunden habe; man ſchob die Ehe zurück, bis auf die Zeit der Conception, daher der Name fictio *retrotractiva*. Aus dieſer Fiction folgte, daß Kinder, die ich mit einer Sklavin gezeugt hatte,

hatte, nicht durch die Ehe legitimirt werden konnten, wenn ich gleich dieſe Sklavin freylieſs und heyrathete; dann zur Zeit der Conception war keine Ehe mit ihr möglich geweſen, (§. 112.) und wenn die Geſetzgeber etwas nicht geſchehenes als geſchehen annehmen wollen, ſo ſetzen ſie doch immer voraus, daſs es möglich ſeye. Juſtinian hat aber in der angeführten Novelle die Legitimation der Kinder, die ich mit einer Sklavin gezeugt habe, wann ich nachher die Sklavin frey laſſe, und heyrathe, zugelaſſen, und folglich die fictionem retrotractivam ihrer Wirkungen beraubt. Auf dieſe Weiſe iſt der Streit über die Fiction bey der Legitimation, der aus Mangel deutlicher Ideen und gehöriger Unterſcheidung der Zeiten entſtand, zu decidiren.

(1) Ich will von vielen, die über, für oder wider dieſe Fiction geſchrieben haben, nur den neueſten anführen. Dieſer iſt Prehn in ſ. Abh. Unterſuchung der Frage, ob die Legitimation auſſer der Ehe gebohrner Kinder ſich in einer römiſchen Erdichtung gründe? Roſtock 1777. 4.

§. 137. Drey Fragen bey der Legitimation.

Bey der Legitimation ſind drey Fragen zu unterſcheiden: 1) bey welchen unehlichen Kindern hat ſie ſtatt? 2) Auf wie vielerley Art geſchieht ſie? 3) Was iſt ihre Wirkung? Um die erſte dieſer Fragen zu entſcheiden, muſs man die verſchiedene Arten der unehlichen Kinder kennen lernen. Sie ſind entweder 1) aus einer **Blutſchande** gebohren, oder 2) aus einem **Ehebruch**, oder 3) von einer **Hure** (meretrix), oder 4) von einer **Geſchwächten** (ſtuprata), oder 5) im **Concubinate**. Meretrix, Hure nemlich iſt eine Perſon, die ſich jedem preiſsgiebt; eine **Geſchwächte**, ſtuprata, hingegen, welche ſonſt ehrbar gelebt hat, aber, wie man ſagt, zu Falle gekommen iſt. Die unehlichen Kinder der erſten Art heiſsen *inceſtuoſi*, der andern *adulterini*, der dritten *vulgo quaeſiti*, der vierten *ſpurii*, der fünften *naturales*. Indeſſen iſt das Wort ſpurii vieldeutig. Zuweilen werden alle uneheliche Kinder, zuweilen diejenige darunter verſtanden, welche aus verbotenem Beyſchlafe, alſo nicht aus der Ehe oder dem Concubinat erzeugt ſind.

Dieſes vorausgeſetzt, bemerke man, daſs nach römiſchem Recht nur die naturales oder im Concubinat erzeugte Kinder legitimirt werden konnten, alſo alle übrige unehliche Kinder nicht. Der Grund davon liegt nicht in der fictione retrotractiva, wie einige ſich irrig einbilden, ſondern darin: die Legitimation wurde als eine Wohlthat für den Vater angeſehen; indem er dadurch, die nach römiſchem Recht ſo wichtige väterliche Gewalt bekam. Wohlthaten aber ertheilt das Geſetz keinem, der gegen die Geſetze handelt, und jeder unehliche Beyſchlaf auſſer dem Concubinat war gegen die Geſetze. Daher wurde die Wohlthat der Legitimation nur denen zu Theil, welche aus der erlaubten Verbindung mit einer Concubine Kinder erhalten hatten, nicht denen, welche ſie im verbotenen Beyſchlaf zeugten.

(1) *Iordens* cit. diſſ. I. C. 4. §. 3. Die Fornication wurde zwar bey den Römern nicht geſtraft, aber doch als eine ſchändliche Handlung angeſehen. L. 13 §. 2. L. 22. C. ad L. Iul. de adult. L. 43. §. 4. 5. L. 24. D. de his qui not. infam. L. 4. §. 3. D. de condict. ob turp. cauſ. Auch iſt der Vater bey ſolchen Hurenkindern faſt immer ungewiß.

§. 138. Gattungen der Legitimation.

Die Arten der Legitimation ſind dreyerley: 1) **durch die nachfolgende Ehe, 2) durch die Beſtimmung zum Decurio, 3) durch ein Landesherrliches Reſcript.** Die erſte hat Conſtantinus M., die zweyte Theodoſius der jüngere, die dritte Juſtinian erfunden. Andere Juriſten führen noch mehrere an, nemlich per arrogationem, per teſtamentum a principe confirmatum, und per nominationem filii. Allein die erſte iſt von Juſtinian in der Leg. 7. Cod. de nat. lib. abgeſchafft worden. Die legitimatio per teſtamentum a principe confirmatum, die in der Nov. 74. cap. 2. vorkommt, iſt im Grunde eine legitimatio per reſcriptum principis; die legitimatio per nominationem filii endlich iſt ganz ohne Grund. Man will ſie zwar in der Nov. 117. cap. 2. gefunden haben, ſie ſteht aber nicht darinn, ſondern der Fall dieſes Geſetzes iſt folgender. Man zweifelte, ob ein gewiſſer Sohn ehlich oder unehlich ſey: weil ihn aber der Vater im Teſtament Sohn genennt hatte, ſo ſagt Juſtinian, iſt zu vermuthen, daß er aus rechtmäßiger Ehe erzeugt, alſo legitim ſey (* 1).

(1) *Iordens* diſſ. 1. cap. 5. §. 1. ſeqq.

§. 139. Von der Legitimation durch nachfolgende Ehe.

Die Legitimation durch die nachfolgende Ehe geſchieht, wenn ich die Perſon, mit der ich im Concubinat gelebt, und Kinder gezeugt habe, heyrathe. Man ſtreitet darüber, ob zu dieſer Legitimation ſchriftliche Ehepacten, inſtrumenta dotalia erforderlich geweſen ſeyen? Zu dem Weſen der Ehe werden ſie nicht erfordert, das iſt gewiß; aber wenn ich meine Concubine heyrathe, und will, daß meine mit ihr erzeugte Kinder legitimiret werden ſollen, ſind alsdenn dergleichen ſchriftliche Ehepacten nöthig? Man hat vier verſchiedene Meinungen über dieſe Frage, die Jordens (* 1) erzählt. Die richtigſte iſt, daß allerdings Ehepacten von des Kayſers Anaſtaſius Zeiten an erforderlich geweſen ſind. Ob aber in dieſen Ehepacten eine Brautgabe feſtgeſetzt ſeyn, ob ſie inſtrumenta *dotalia* im eigentlichen und ſtrengen Verſtande ſeyn mußten, iſt mir zweifelhaft. Die bejahende Meinung hat Schulting, (* 2) Gebauer (* 3) und Jordens am a. O., die verneinende Noodt, (* 4) Cocceji (* 5) und andere. Heutzutag iſt nichts bey dieſer Legitimation erforderlich, als was zu der Ehe erfordert wird, das heißt nach der tridentiniſchen Kirchenverſammlung die Erklärung des ehelichen Conſenſes vor dem

ordentlichen Pfarrer und zwey Zeugen, nach dem proteſtantiſchen Kirchenrecht aber die prieſterliche Trauung. (* 6)

(1) *Iordens* diſſ. 2. de legitimat. cap. 3.
(2) Enarrat. pand. tit. de his qui ſui vel alieni iuris §. 9.
(3) Excurſ. 4. ad Inſt. §. 3.
(4) Comm ad Pand. tit. de his qui ſui vel alieni iuris.
(5) Ius contr. eod. tit. Q. 16.
(6) *Mevius* p. 2. dec. 81. *Stryk.* Uſ. mod. L. 1. tit. 6. §. 10.

§. 140. Durch Beſtimmung zum Decurionate.

Mit der Legitimation durch **Beſtimmung zum Decurio** (per curiae dationem) hat es folgende Beſchaffenheit. 1) Im römiſchen Reich waren Städte, welchen ein Theil des römiſchen Bürgerrechts (ius civitatis minus plenum) mitgetheilt war; dieſe hießen municipia. In dieſen Städten waren collegia, welche die Aufſicht über das Stadtweſen führten, und ungefähr das waren, was in Rom der Senat war, und heutiges Tages der Stadtrath iſt. Sie hießen *curiae*, und ihre Mitglieder *decuriones* oder *curiales*. Sie hatten aber 2) ein läſtiges Amt. Dann ſie hatten die Adminiſtration der Stadtkaſſe, die Aufſicht über die öffentliche Schauſpiele, Waſſerleitungen, Straßen, Bäder; mußten die Victualien herbeyſchaffen, Geſandtſchaften übernehmen, die Steuern eintreiben, und für die Rückſtände haften, dem Kayſer Neujahrsgeſchenke geben; wenn ſie ſtarben, erbte der Rath einen Theil ihres Vermögens ꝛc. (* 1) 3) Man ſuchte daher die Bürger in den Municipien durch mancherley Privilegien zum Decurionate zu reizen. Dahin gehört dann auch die Legitimation. 4) Wann nemlich ein Bürger ſeinen natürlichen Sohn mit deſſen Einwilligung zum Decurio beſtimmte, und ihn daher in das Verzeichniß der Decurionen (album curialium) eintragen ließ: ſo wurde der Sohn legitimirt. Der Vater alſo ſollte durch die Erlangung der väterlichen Gewalt gereizt werden, den Sohn zum Decurionate zu beſtimmen, und der Sohn ſollte durch die Erwerbung der ehelichen Geburtsrechte bewogen werden, ſeine Einwilligung zu geben. Eben dieſe Wirkung hatte ſtatt, wenn jemand ſeine natürliche Tochter an einen Decurio verheyrathete.

(1) *Wunderlich* l. c. §. 6.

§. 141. Durch ein landesherrliches Reſcript.

Die dritte Art zu legitimiren geſchieht durch ein **landesherrliches Reſcript.** Wann ich, der Vater eines unehlichen Kindes, dieſe Art der Legitimation gebrauchen will: ſo wird erfordert, daß es unmöglich ſey, die Concubine zu heyrathen, weil ſie z. E. todt, oder ſchon an einen andern verheyrathet iſt, oder mich nicht heyrathen will. Denn iſt es möglich, ſie zu heyrathen, ſo muß man dieſe Kinder auf dieſen Weg legitimiren, und die Legitima-

tion durch ein Reſcript findet nicht ſtatt. 2) Daß ich keine ehliche Kinder habe. Dann ſind dergleichen vorhanden, ſo legitimirt der Landesherr meine unehliche Kinder nicht, weil die Legitimation den ehlichen allzuſchädlich ſeyn würde. 3) Daß ich mich unmittelbar an den Landesherrn wende, und von ihm ein Reſcript impetrire, (ut ſacrum principis oraculum impetrem.)

§. 142. Wirkungen der Legitimation.

Die Wirkungen der Legitimation auf Seiten des Vaters ſind: 1) daß er die väterliche Gewalt mit allen ihren Ausflüſſen, und 2) ein ganz neues oder doch anſehnlicheres Erbrecht erhält. Dann den natürlichen Kindern ſuccediret der Vater nur in gewiſſen Fällen auf den ſechſten Theil des Vermögens, den übrigen unehlichen Kindern gar nicht. Auf Seiten der Kinder hat ſie den Effect, daß ſie die Familienrechte erhalten ius agnationis. et nobilitatis paternae. Daraus folgt dann 1) daß die Legitimation nicht ohne Einwilligung der Kinder geſchehen könne. Jordens (*1) hat dieſes von allen drey Gattungen der Legitimation gründlich erwieſen. (*2) Dann die Kinder kommen in die väterliche Gewalt, hören auf ſui iuris zu ſeyn, ihr Zuſtand alſo wird in mancher Abſicht verſchlimmert. 2) Daß die Kinder ein Erbrecht erhalten. Die natürliche Kinder haben dergleichen nur in gewiſſer Maaſſe, die andere unehliche Kinder erben gar nicht. Jenen wird das Erbrecht erweitert, dieſen ein ganz neues gegeben, wie in der Lehre von der Inteſtaterbfolge gezeigt werden ſoll.

(1) Diſſ. 2. Cap. 1.
(2) Man ſ. auch *Noodt* ad tit. de his qui ſui vel alieni iur. und *Schulting* Enarrat. ad h. t. n. 7. *Cocceii* ius controv. ibid. qu. 9.

§. 143. Heutiger Gebrauch.

Vom heutigen Gebrauch der Legitimationslehre iſt zu bemerken 1) daß die legitimatio per oblationem curiae bey uns gänzlich wegfalle. Denn wir haben die Einrichtung mit den Municipien und Decurionen nicht, die im alten römiſchen Reiche war.

2) Wir haben eine Legitimation, welche dem Vater keine väterliche Gewalt, und den Kindern keine Familienrechte verſchafft, ſondern blos dazu dient: daß der Flecken der unehlichen Geburt ausgetilget wird, und das Kind im Staate für legitim paſſirt. Die Deutſchen haben von jeher die Grille gehabt, ein unehliches Kind verdiene in der bürgerlichen Geſellſchaft eine Art von Verachtung und Geringſchätzung; dürfe nicht in Zünfte, Gilden und andere collegia aufgenommen werden; trage einen Schandfleck an ſich. Die Römer wußten davon nichts; ein unehliches Kind konnte der Regel nach zu allen Geſellſchaften, Aemtern und Würden gelangen, wohin ehlich gebohrne Kinder

der kommen konnten. (* [1]) Daher giebt es heutzutage eine doppelte Legitimation a) eine ſolche, welche bey dem Vater die väterliche Gewalt, und bey den Kindern ein Erbrecht wirkt, (eine *plena*, wie ſie einige nennen,) und b) eine, die blos den Schandfleck der illegitimen Geburt tilgt, und die Kinder fähig macht, in Gilden und andere Geſellſchaften zu kommen, (*minus plena*.) Die Legitimation, welche durch die Ehe geſchieht, iſt allezeit plena, die aber, welche durch ein landesherrliches Reſcript bewürkt wird, iſt zuweilen plena, meiſtens aber nur minus plena. Eine ſolche unvollkommene Legitimation kann bey dem Landesherrn von dem unehlichen Kinde auch ohne Wiſſen und Willen des Vaters geſucht werden. Dann ſie iſt dem Vater auf keine Weiſe nachtheilig. (* [2])

3) Bey uns können alle Arten von unehlichen Kindern legitimirt werden; auch die aus einem Stuprum, Fornication, Ehebruch, Inceſt gebohrne. (* [3]) Nur muß freylich, wann die Legitimation durch die Ehe geſchehen ſoll, eine Ehe möglich ſeyn. Wann alſo Bruder und Schweſter ein unehliches Kind gezeugt haben, ſo iſt die Legitimation per ſubſequens matrimonium unmöglich.

4) In Deutſchland legitimiren nicht nur die Landesherrn in ihren Territorien, ſondern auch die kayſerliche Pfalzgrafen (comites palatini.) Dieſes ſind Perſonen, durch welche der Kayſer einige von ſeinen geringern Reſervatrechten ausüben läßt. Bey dieſen wird die Legitimation noch öfter, als bey den Reichsſtänden geſucht, weil ſie alsdenn ihre Wirkung im ganzen deutſchen Reich äuſſert, welche Wirkung der Legitimation, die ein Reichsſtand ertheilt, von vielen bezweifelt wird. (* [4])

5) Man erfordert bey der Legitimation durch ein Reſcript heutzutag nicht mehr, daß die Ehe unter den Eltern unmöglich ſey. Wann es gleich möglich iſt, die Perſon zu heyrathen, mit der ich die unehliche Kinder habe, ſo kann ich dieſe doch durch ein Reſcript legitimiren laſſen. (* [5])

6) Ayrer (* [6]) behauptet, daß heutzutag der Landesherr plene legitimiren könne, wenn gleich legitime Kinder vorhanden wären. Ich kann aber dieſer Meinung nicht beypflichten (* [7]).

(1) *Heinecc.* ad L. Iul. et Pap. Popp. lib. 2. cap. 4. *Thomaſ.* diſſ. de uſu pract. doctr. I. de legitimat. cap. 1. §. 3. Im Oeſterreichiſchen iſt dieſe Makel der unehelichen Geburt im Jahr 1783. völlig aufgehoben worden. Polit. Journal, Sept. 1783. S. 919.

(2) *G. L. Boehmer* diſſ. de neceſſar. parent. conſenſu in nupt. lib. §. 68.

(3) *I. H. Boehmer* diſſ. de legitimat. ex damnato coitu nator. §. 16. In Exercit. ad Pand. Tom. 1. p. 886.

(4) Man ſ. aber *Gribner* diſſ. de iure legitimandi Principum imperii §. 12. in opuſc. p. 15. ſeq.

(5) *Stryk* uſ. mod. Pand. Lib. 1. Tit. 6. §. 17.

(6) In diſſ. de reſcripto legitimat. principis pleniſſimum effectum tribuente, legitimi licet liberi exſtent. § 5. ſeqq.
(7) *Puſend.* obſerv. iur. univ. T. 1. obſ. 41.

TIT. XI.

De Adoptionibus.

§. 144. Was iſt die Adoption?

Die Adoption iſt das dritte Erwerbungsmittel der väterlichen Gewalt. Man verſteht darunter, wenn man das Wort weitläuftig nimmt, eine geſetzliche Annahme an Kindes oder Enkels ſtatt. Wann jemand nicht von mir abſtammt, ich aber eine Handlung vornehme, wodurch ich die Rechte eines Vaters oder Grosvaters, und er die Rechte eines Kindes oder Enkels erhält: ſo ſagt man, daß ich ihn adoptirt habe. Die Adoption iſt aber ferner eine geſetzliche Annahme, das heißt, ſie muß unter öffentlicher Autorität geſchehen. Wann ich einen Menſchen nur privatim an Kindesſtatt annehme: ſo hat dieſe Handlung die Rechte der Adoption nicht, und das angenommene Kind heißt nicht *adoptivus*, ſondern *alumnus*. Oeffentliches Anſehen erhält die Adoption durch die Obrigkeit, und durch den Landesherrn. Man ſehe den folgenden §.

Zwey Grundſätze ſind bey der Adoption vorzüglich merkwürdig. Der erſte: **die Adoption ahmet die Natur nach**, das heißt, wann es der Natur nach ſchlechterdings unmöglich iſt, daß jemand mein Kind oder Enkel ſey; oder ſchlechterdings unmöglich iſt, daß ich über ihn die väterliche Gewalt habe: ſo fällt die Adoption weg. Der andere: **ſie iſt blos zum Behelf für die erfunden, die weder leibliche Kinder, noch Hoffnung dazu haben.**

§. 145. Gattungen derſelben.

Die Adoption in weitläuftigem Verſtande, iſt entweder **Arrogation**, oder **Adoption in engerer Bedeutung**. Dieſe beyde Gattungen ſind 1) dem **Gegenſtande**, 2) der **Erforderniſſe**, 3) den **Wirkungen** nach verſchieden. 1) Dem Gegenſtande nach, wenn ich nemlich einen filium familias an Kindes ſtatt annehme, ihn aus ſeines leiblichen Vaters Gewalt in die meinige bringe, ſo heißt es Adoption in engerer Bedeutung. Nehme ich aber einen patrem familias, einen hominem ſui iuris z. E. ein Waiſenkind zu meinem Kinde an: ſo iſt es die Arrogation.

Sie ſind 2) in Anſehung der **Erforderniſſe** verſchieden. a) Beyde haben höhere Beſtättigung nöthig, aber die eigentliche Adoption kann von jeder Obrig-

Obrigkeit beſtätiget werden. Die Arrogation hingegen erfordert die unmittelbare Beſtätigung des Landesherrn. Nach dem alten römiſchen Recht, ſelbſt noch unter den Kayſern (* 1) geſchahe die Arrogation vor dem Volk, erſt in den neuern Zeiten wurde ſie vom Kayſer beſtätiget. (b) Wann ich einen Unmündigen adoptiren will, ſo iſt nur a) der Conſens ſeines Vaters nöthig, und b) daß der Unmündige ſelbſt nicht widerſpreche. Aber bey der Arrogation eines Unmündigen iſt die Einwilligung der Verwandten und der Vormünder; auch eine gerichtliche Unterſuchung nöthig, ob die Arrogation dem Unmündigen vortheilhaft ſey. Der arrogator muß auch Caution ſtellen, daß, wann der Unmündige vor erlangter Mündigkeit ſterben werde, die Verwandte das ganze Vermögen wiederbekommen ſollen, und daß, wann der arrogator den arrogatum ohne gerechte Urſache emancipiren wird, er nicht nur deſſen Vermögen herausgeben, ſondern auch noch den vierten Theil ſeines eignen abtreten wolle. Dieſer vierte Theil heißt, weil K. Antoninus Pius die Verordnung gegeben hat, *quarta divi Pii.*

3) In den **Wirkungen.** Die Arrogation wirkt ohne Unterſchied die väterliche Gewalt, die Adoption aber hat dieſen Effect nach Juſtinianiſchem Recht nicht immer. (Man ſehe §. 149.)

(1) *Nordkerk* obſ. decas p. 139. *Water* lib. 3. obſ. iur. rom. cap. 16. *Herm. Cannegieſer* obſ. iur. rom. lib. 2. cap. 19.

§. 146. Folgen aus dem Grundſatze: die Adoption ahmt der Natur nach.

Weil die Adoption der Natur nachahmt, ſo können 1) nur diejenige adoptiren, welche leibliche Kinder in ihrer Gewalt haben können. Ein Caſtrat kann alſo 2) nicht adoptiren, weil er zum Kinderzeugen unfähig iſt. K. Leo hat zwar, (wie die Note ſagt) den Caſtraten das Recht zu adoptiren in ſeiner 26. Novelle ertheilt; aber dieſe Novellen ſind, wie wir oben geſehen haben, (§. 15. 111.) in Deutſchland nicht angenommen. Ob ein ſpado adoptiren könne, iſt beſtritten. Die angeführte Geſetze ſagen ja. Aber das Wort ſpado iſt vieldeutig. Bisweilen bedeutet es einen jeden, der keine Kinder zeugen kann, weil er entweder verſchnitten iſt, oder von Natur einen Mangel an den Zeugungsgliedern hat. Zuweilen verſteht man einen Menſchen unter dem ſpado, der zwar die Zeugungsglieder in der gehörigen Beſchaffenheit beſitzt, aber kränklicher Umſtände wegen die Hoffnung Kinder zu zeugen nicht hat. Daher entſteht die Frage, welche Art der Spadonen in den Geſetzen gemeint ſey, ob allein die Spadonen adoptiren können, die nur eine Zeitlang zum Zeugungsgeſchäfte untüchtig ſind, oder ob auch diejenige adoptiren dürfen, die von Natur ganz, und immer dazu unfähig ſind. Richtiger iſt die Meinung, daß nur die erſtere, nicht die letztere Spadonen, Kinder annehmen können. Dann die Adoption ſoll eine Nachahmung der Natur ſeyn. Und warum ſollten die Ge-

ſetze den Kaſtraten die Adoption verbieten, ſie aber den von Natur ganz Zeugungsunfähigen erlauben? 3) Auch Weibsperſonen ſind zur wahren Adoption unfähig, weil dieſe die väterliche Gewalt zum Endzweck hat; eine Weibsperſon aber keine väterliche Gewalt haben kann. Wann indeſſen eine Frau leibliche Kinder gehabt, und durch den Tod verlohren hat: ſo kann ſie bey dem Landesherrn die Erlaubniß zu einer uneigentlichen Art von Adoption erhalten; nemlich zu einer Adoption, die ein **wechſelsweiſes Erbrecht**, aber keine väterliche Gewalt wirkt. 4) Ich kann keinen adoptiren, der älter als ich iſt. Sondern wann ich einen an Sohnes, oder eine an Tochter ſtatt annehmen will, ſo muß ich 18 Jahr älter, und will ich an Enkelsſtatt annehmen, ſo muß ich 36 Jahr älter ſeyn. Warum die Geſetze 18 Jahre (plenam pubertatem) erfordern, und nicht mit der minus plena, mit 14 Jahren zufrieden ſind, läßt ſich nicht mit Gewißheit ſagen. Man führt gemeiniglich den Grund an: obgleich ein Menſch im 14ten Jahre Kinder zeugen **könne**, ſo zeuge er doch ſelten vor dem 18ten Jahre **wirklich**; es ſey daher der Natur nicht völlig gemäß, wenn er einen adoptire, welcher nicht wenigſtens 18 Jahre jünger ſey. 5) Man kann nicht auf eine Zeitlang adoptiren; dann man zeugt keine Kinder, daß ſie nur auf gewiſſe Zeit es ſeyn ſollen.

(1) *Perez* ad Cod. h. t. n. 4.

§. 147. Folgen aus dem Axiom: die Adoption iſt zum Behelf erfunden worden.

Die Adoption iſt ein Nothhelf für ſolche, die zum Zeugungsgeſchäft nicht aufgelegt ſind. Alſo können 6) die nicht adoptiren, welche Alters halber noch Kinder zeugen können. Da nun die römiſche Geſetze annehmen, daß ein Mann bis in das ſechzigſte Jahr zeugen könne: ſo kann man der Regel nach nicht adoptiren, wann man noch nicht ſechzig alt iſt. Ich ſage der **Regel nach**. Dann a) wann mir Kränklichkeit die Hoffnung zu Leibeserben raubt, ſo kann mir die Obrigkeit auch vor dem ſechzigſten Jahr, nach vorausgegangener Unterſuchung der Umſtände, die Adoption erlauben. b) Auch iſt mir vor dem ſechzigſten Jahr vergönnt, einen Verwandten zu adoptiren. L. 15. §. 2. D. h. t. 7) Kann einer gewöhnlich nicht adoptiren, der ſchon leibliche Kinder hat. Ausnahmen finden ſtatt, wann meine leibliche Kinder blödſinnig, oder zum Kinderzeugen untüchtig, oder Taugenichtſe ſind. (* 1)

(1) *Reinoldi* var. cap. 42. in opuſc. p. 230. ſqq.

§. 148. Wirkungen der Adoption.

Wann ich einen adoptire, ſo nehme ich **ihn an Kindesſtatt an**, er wird alſo durch die Adoption kein wahres und leibliches Kind von mir. Daraus folgt 8) daß die Verwandtſchaft zwiſchen ihm und mir keine natürliche, ſondern blos bürgerliche Verwandtſchaft iſt, und hieraus ſchließen nun die römiſche

miſche Juriſten weiter, 9) daß mein Adoptivkind von allen Perſonen, die meine Agnaten ſind, auch Agnat werde; hingegen von denen, die bloße Cognaten von mir ſind, wird es kein cognatus. Dann die Cognation iſt die Blutsverwandtſchaft, (§. 115.) und dieſe kann durch die Adoption nicht gewirkt werden. 10) Wann ich einen Menſchen adoptire, ſo wird er mit meiner Ehefrau gar nicht verwandt; ſie iſt als ſeine Stiefmutter anzuſehen.

§. 149. Eintheilung der Adoption in die vollkommene und unvollkommene.

Nach dem alten römiſchen Recht hätte jede Adoption, ſowohl die Arrogation, als eigentliche Adoption die Wirkungen der väterlichen Gewalt. Juſtinian aber traf darinn eine Aenderung. Bey der Arrogation ließ er das alte Recht in ſeiner Gültigkeit. In Anſehung der eigentlichen Adoption aber verordnete er, daß der Adoptirende in Zukunft nur alsdann die väterliche Gewalt erhalten ſollte, wann er einen ſeiner Deſcendenten adoptire, z. E. ein Grosvater ſeinen Enkel oder Enkelin; daß hingegen die Adoption keine väterliche Gewalt wirken ſolle, wann ein anderer, der kein Deſcendent vom Adoptivvater iſt, an Kindesſtatt angenommen wird. Daher theilt ſich die Adoption in die vollkommene und unvollkommene ein. Die vollkommne geſchieht von einem Aſcendenten, und wirkt die väterliche Gewalt; die unvollkommne geſchieht von einem andern, und wirkt weiter nichts, als ein Erbrecht, keine väterliche Gewalt, und auch ein Erbrecht nur alsdann, wann kein Teſtament vorhanden iſt; wann ich z. E. meinen Neveu adoptire, ſo kommt er nicht in meine väterliche Gewalt; er erbt mich aber, wann ich ohne Teſtament ſterbe. Mache ich ein Teſtament, ſo kann ich ihn gänzlich übergehen. Die Urſache, welche Juſtinian zu dieſer Verordnung bewog, war folgende. Es trug ſich zuweilen zu, daß ein adoptirtes Kind vom Adoptivvater wieder emancipirt wurde. Wann dies geſchah, ſo erbte das Kind nun weder den Adoptiv- noch den leiblichen Vater. Dieß zu verhüten, machte Juſtinian ſeine neue Verordnung. Dann vermöge dieſes Geſetzes ſuccediret ein unvollkommen Adoptirter ſeinem leiblichen Vater der Adoption ungeachtet. Wann er alſo vom Adoptivvater wieder emancipirt wird, ſo verliert er zwar deſſen Erbſchaft; aber er erbt doch ſeinen leiblichen Vater; kommt alſo nicht um alles.

§. 150. Heutiger Nutzen der Adoption.

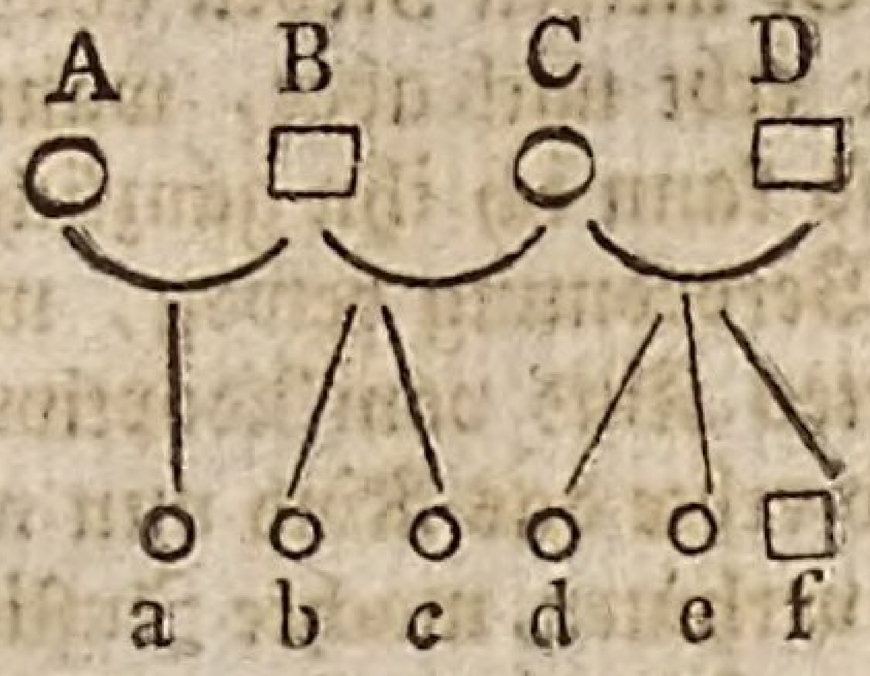
Heutzutage ſind die Annehmungen an Kindesſtatt, ſowohl die Adoptionen, als Arrogationen ſehr ſelten. Denn die väterliche Gewalt iſt nicht ſo wichtig, und ſo vortheilhaft, als im alten Rom; und die eigentliche Adoption wirkt nicht einmal dieſe Gewalt, wenn man nicht einen Deſcendenten adoptirt. Was ſoll alſo einen zur Adoption bewegen? Indeſſen muß man nicht glauben, was einige behaupten, daß die Annehmung an Kindesſtatt ganz abgekommen

ſey, und keine rechtliche Wirkungen mehr habe; folglich alle angenommene Kinder bloße Pflegkinder (alumni) ſeyen, welche die Rechte eines Kindes nicht haben. Das römiſche Recht iſt bey uns auch in dieſem Stück angenommen, und man hat Beyſpiele von Adoptionen nicht nur bey dem hohen Adel, ſondern auch bey andern Perſonen. Der Adoptivſohn behält in Deutſchland ſeinen Familiennamen, nimmt aber dabey den Namen ſeines Adoptivvaters an, zwiſchen beyde wird das Wort genannt geſetzt, z. E. Sinold genannt Schütz. Eben ſo wenig läßt es ſich beweiſen, daß heutiges Tages jede Obrigkeit die Arrogation confirmiren könne, und die Autorität des Landesherrn dabey nicht mehr nöthig ſey; wie Stryk (* 1) und Cocceji (* 2) gegen Schilter am a. O. richtig bemerken. Indeſſen kann eine auſſergerichtliche Adoption doch als ein Erbvertrag gelten. (* 3)

(1) Uſ. mod. tit. de adopt. §. 6.
(2) Ius civ. controv. eod. tit. Qu. 2.
(3) Carrach Abhandlung über dieſe Frage, in Schott's juriſtiſchem Wochenblatt v. J. 1773. S. 462 u. ff.

§. 151. Von der Einkindſchaft.

Eine Aehnlichkeit mit der Adoption hat die **Einkindſchaft**, unio prolium. Sie iſt im römiſchen Recht unbekannt, und eine bloße deutſche Erfindung. Wann Eltern ſterben, und Kinder aus verſchiedenen Ehen hinterlaſſen, ſo entſteht oft über die Separation des Vermögens Streit. Wann z. E.



B ſtirbt, ſo muß ihr Vermögen von dem Vermögen des A, des C und der D ſeparirt werden. Denn das Vermögen von A erbt allein a. Das Vermögen der B erben a b c. Dem C ſuccediren b c d e f, und in die Verlaſſenſchaft der D theilen ſich d e f. Dieſe Separation hat gewöhnlich große Schwierigkeiten, und um dieſe zu heben, hat man die Einkindſchaft erfunden. Wann B und C zur Ehe ſchreiten wollen, ſo wird das Vermögen des A und der D zuforderſt unterſucht und beſtimmt. Dieß bleibt deren Kindern, dem a d e und f. Alsdenn machen B und C einen Vertrag, daß ihr Vermögen in eine Maſſe geworfen, und ihre Stiefkinder ihnen mit den leiblichen Kindern ſuccediren ſollen, a ſoll den C, und d e f die B erben. An einigen Orten wirkt dieſe Einkindſchaft auch die väterliche Gewalt, an andern, und den meiſten

aber

aber nicht. Insgemein führt man als eine Erforderniß der Einkindſchaft an, daß ſie gerichtlich, und mit Zuziehung der Verwandten eingegangen werden müſſe. Aber das läßt ſich nur alsdann behaupten, wann Landesgeſetze oder Obſervanz es vorſchreiben (* 1).

(1) *Steenhof* diſſ. de praxi iudiciorum erronea. §. 20.

TIT. XII.

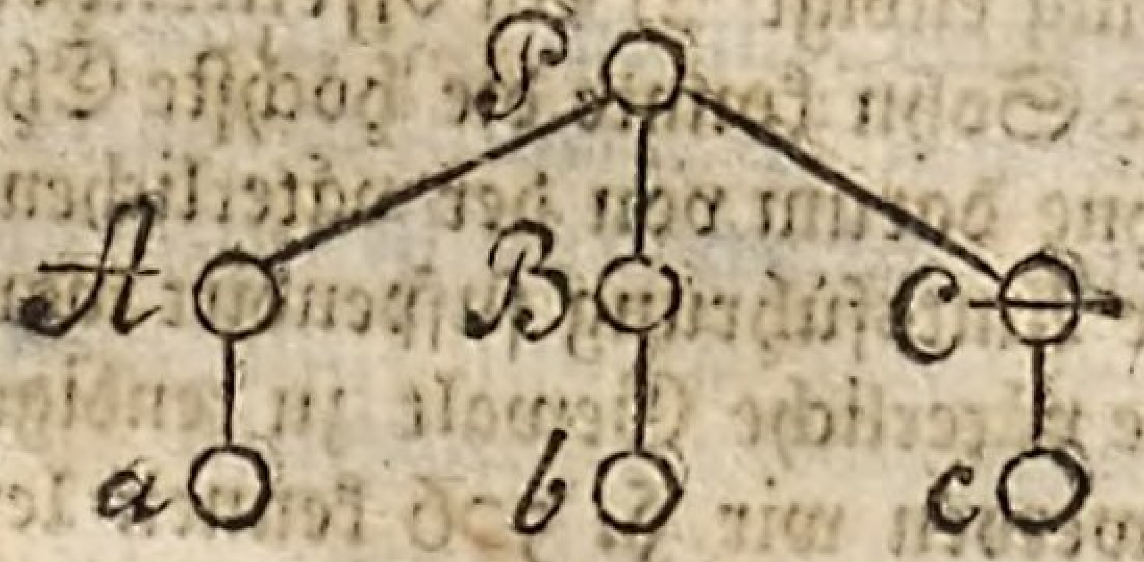
Quibus modis ius patriae poteſtatis ſolvitur.

§. 152. Uebergang zu dieſem Titel.

Wir kennen die väterliche Gewalt und ihre Erwerbungsarten, die Ehe, die Legitimation und die Adoption. Jetzt unterſuchen wir, wie dieſe Gewalt aufhöre. Dann das iſt immer Juſtinians Methode, ſowohl in den Inſtitutionen, als in den Pandecten, daß zuerſt vom Weſen der Sachen, alsdann von ihren Entſtehungsarten, und endlich von ihrer Zernichtung gehandelt wird.

§. 153. Abſterben, Capitis Deminution, Adoption und Emancipation zernichten die väterliche Gewalt.

Die väterliche Gewalt hört 1) durch den Tod deſſen auf, dem ſie zuſteht. Doch werden darum nicht immer die Kinder sui iuris, ſondern man bemerke: die Kinder ſind entweder von dem erſten Grade, oder von den folgenden. Kinder des erſten Grades heißen Söhne und Töchter, Kinder der folgenden Grade ſind Enkel, Urenkel u. ſ. w. Alſo



A B C ſind Kinder des erſten, a b c Kinder des zweyten Grads. Die Kinder des erſten Grades, A und B, werden durch den Tod deſſen, welcher die väterliche Gewalt über ſie hatte, durch den Tod des P. sui iuris. Man nehme aber an, daß P. nicht nur ſeine Söhne, ſondern auch ſeine Enkel a b c noch in ſeiner väterlichen Gewalt hatte, und daß er nun ſterbe. In dieſem Fall werden a und b nicht sui iuris, dann ſie fallen in ihrer Väter A und B Gewalt zurück; c aber wird sui iuris, denn ſein Vater C war ſchon todt, oder aus der väterlichen Gewalt gegangen; er kann alſo in deſſen Gewalt nicht zurück-

tretten. Deutlicher läßt ſich übrigens dieſe Sache alſo ausdrücken: wann der Vater ſtirbt, ſo werden die Kinder ſui iuris. Stirbt aber der Grosvater, ſo werden die Enkel nicht ſui iuris, ſondern fallen in ihres Vaters Gewalt zurück, wann anders dieſer noch lebt, und ſelbſt noch in der väterlichen Gewalt war. 2) Hört die väterliche Gewalt durch die größte und mittlere Capitisdiminution auf. Wann nemlich der Vater Freyheit oder Bürgerrecht durch das Exilium verlohr, ſo verlohr er auch die väterliche Gewalt. Dann kein Sklave und kein Fremder hatte die römiſche väterliche Gewalt. Auch, wenn dem Sohn Freyheit oder Bürgerrecht entzogen wurde, ſo hörte die väterliche Gewalt auf. Denn im erſten Fall kam er in die Gewalt eines Herrn, im andern mußte er das römiſche Gebiet räumen, ins Exilium gehen, und die Ausübung der väterlichen Gewalt wurde unmöglich; der Sohn wurde auch als todt angeſehen. Die väterliche Gewalt wird 3) auch durch die vollkommene Adoption geendigt. Ich ſage durch die vollkommene. Denn wenn mein Sohn von einem andern nur unvollkommen adoptirt wird, ſo bleibt er in meiner Gewalt. Uebrigens wird der Sohn durch die Adoption nicht ſui iuris, ſondern geht nur aus einer väterlichen Gewalt in die andere. Endlich 4) wird die väterliche Gewalt auch durch die **Emancipation** zernichtet, von welcher der 156. u. f. §§. handeln.

§. 154. Relegation, Würde, Enterbung endigen die väterliche Gewalt nicht.

Hingegen 1) durch die bloße **Relegation** hört die väterliche Gewalt nicht auf. Denn der relegirte Vater behält ſein Bürgerrecht, er muß nur die Stadt räumen; der Sohn aber iſt ſchuldig ihm zu folgen. Man ſieht alſo, wie groß der Unterſchied zwiſchen **Exilium** und **Relegation** im römiſchen Recht iſt. Eben ſo wenig endigt 2) ein öffentliches Amt, eine Würde die väterliche Gewalt. Der Sohn konnte die höchſte Ehrenſtellen bekleiden, Dictator, Conſul ſeyn, ohne darum von der väterlichen Gewalt frey zu werden; ob ſie gleich während der Amtsführung ſuſpendirt war. Auch 3) iſt die **Enterbung** kein Mittel, die väterliche Gewalt zu endigen. Die Folgen dieſes ſterilſcheinenden Satzes werden wir §. 506 kennen lernen.

§. 155. Einige Würden heben nach Juſtinianeiſchem Recht die väterliche Gewalt auf.

Ehrenſtellen und Würden endigten nach altem römiſchen Recht die väterliche Gewalt nicht. Juſtinian aber hat dieſen Satz eingeſchränkt. Nach ſeinen Verordnungen wurde ein Sohn durch folgende Würden von des Vaters Gewalt frey: a) durch die **Patriciat-Würde**. In dem alten Rom waren Patricii ungefehr das, was bey uns der Adel iſt, und Plebs die bürgerlichen. Conſtantin M. aber erfand eine ganz neue Ehrenſtelle, und nennte ſie patriciatum.

ciatum. Conſtantins Patricien waren eine Art von kayſerlichen Räthen. Ihre Amtsgeſchäfte beſchreibt Octavianus Gentilius und Curtius, (* 1) ausführlich. b) Durch die Biſchofswürde, c) das Conſulat, d) die prätorianiſche Präfectur. Praefectus praetorio war nach Auguſts Einrichtung ein General der kayſerlichen Garde. Dieſe Generale aber wurden nach und nach Cabinetsminiſter. Conſtantin beſtellte vier Statthalter im römiſchen Reich, die er praefectos praetorio nennte. (* 2) e) Durch die Präfectur über die Stadt. Praefecti urbi hießen die Gouverneurs in Rom und in Conſtantinopel. (* 3) Sie hatten den größten Theil der Gerichtsbarkeit in der Stadt und 100 Meilen im Umfange. f) Durch das magiſterium militum, nach unſrer Art zu reden, eine General-Feldmarſchallſtelle. Conſtantin M. hat ebenfalls dieſe Würde erfunden. g) Durch das Fiſcalat, patrocinium fiſci.

(1) *Octavianus Gentilius* de patricior. orig. varietate, praeſtantia & iuribus lib. 2. cap. 1. p. 143. *Curtius* de ſenatu romano. Lib. 4. cap. 6. §. 93. pag. 165. ſqq.
(2) *Drackenborch* diſſ. de officio praefectorum praetorio in *Oelrichs* theſauro diſſ. Belgicarum. Vol. 2. Tom. 2. pag. 49 ſqq.
(3) *Drackenborch* diſſ. de praefectis urbi, in Oelrichs theſauro l. c. pag. 1. ſqq.

§. 156. Von der Emancipation.

Hauptſächlich wurde die väterliche Gewalt bey den Römern durch die Emancipation geendiget. (* 1) Man verſteht darunter eine ausdrückliche und geſetzliche Erklärung des Vaters, daß ſein Kind von der väterlichen Gewalt frey ſeyn ſolle. Man bemerke alſo 1) jede Emancipation muß ausdrücklich geſchehen. Die Juriſten ſtreiten zwar darüber, ob es im römiſchen Recht eine ſtillſchweigende Emancipation gebe, und verſchiedene behaupten es, (* 2) aber Böhmer (* 3) und Heimburg (* 4) haben das Gegentheil bewieſen. (* 5) 2) Die Kinder, welche nicht emancipirt, ſondern noch in der väterlichen Gewalt ſind, heißen ſui liberi. 3) Die Emancipation muß auf die geſetzliche Weiſe geſchehen; daher iſt ſie dreyerley: die alte, die Anaſtaſianiſche und Juſtinianeiſche.

(1) *Gerlac. Scheltinga* diſſ. de emancipationibus, apud Fellenberg in iurispr. antiq. vol. 2. n. 18.
(2) *Eyben* ad Inſt. h. t. obſ. 14. *Barth* diſſ. de emancipat. ſaxonica §. 4. in collect. diſſ. p. 221. *Leyſer* ſp. 21. med. 2. *Walch* controv. iuris ciuilis p. 72.
(3) Am a. O in exercit. ad pand. Tom. 1. p. 944.
(4) Diſſ. difficillima emancipationis romanae & germanicae capita §. 7. ſeqq.
(5) Man ſehe auch *D'Arnaud* var. coniect. Lib. I. Cap. 24 p. 171. *Scheltinga* diſſ. de emancipat. proleg. §. 16. *Müller* ad *Leyſer* Tom. 1. obſ. 100.

§. 157. 158. Gattungen derſelben.

Die alte geſchahe mit vielen Feyerlichkeiten. Der Vater verkaufte, im Gegenwart ſieben römiſcher Bürger, ſeinen Sohn als Sklaven an einen andern,

dern, welcher pater fiduciarius hieß. Dieſer ließ ihn los, wie man einen Sklaven losließ, und der Sohn fiel alſo in des Vaters Gewalt zurück. Der Vater verkaufte ihn zum zweyten und drittenmal. Durch den dritten Verkauf verlohr er alle ſeine väterliche Gewalt. (* 1) Nun kaufte der Vater den Sohn wieder als einen Sklaven, und manumittirte ihn. Die Anaſtaſianiſche geſchieht durch ein landesherrliches Reſcript. K. Anaſtaſius ſchafte die alte Emancipation nicht ab, er erlaubte nur, ſie bey dem Kayſer durch ein Reſcript zu impetriren. Die Juſtinianeiſche geſchieht vor der Obrigkeit. Juſtinian hob die alte Emancipation ganz auf, die Anaſtaſianiſche ließ er zwar gelten, er erlaubte aber jeder Obrigkeit, die Emancipation auch zu beſtätigen.

(1) Bey dem dritten Verkaufe wurde das pactum fiduciae geſchloſſen. Dies war ein Verſprechen des Käufers, (der daher pater fiduciarius hieß,) daß er den Sohn jetzt nicht freylaſſen, ſondern dem Vater wieder verkaufen wollte. Hätte er den Sohn freygelaſſen, ſo wäre er deſſen Patron geweſen, und hätte die Patronatrechte gehabt; dies wollte aber der Vater nicht, er wollte ſelbſt den Sohn freylaſſen, und die Patronatrechte genießen.

§. 159. Fälle, wo der Vater zur Strafe ſeine väterliche Gewalt verliert.

Die Emancipation erfordert die Einwilligung der Kinder; gegen ihren Willen kann man ſie nicht emancipiren. Eine ſolche Emancipation, die gegen den Willen der Kinder geſchieht, heißt *abdicatio liberorum*; Verſtoſſung. Sie war in dem alten Rom nicht ungewöhnlich, wie Schelting a zeigt. (* 1) Allein das angeführte Geſetz verbietet ſie. Wann indeſſen der Vater die Kinder demungeachtet verſtößet, ſo fragt ſichs, was hat dieſe Handlung für Folgen? Daß die Kinder dadurch nichts verliehren, iſt auſſer Zweifel. Allein was verliehrt der Vater? Daß die Kinder auf die Herausgabe ihrer Adventitien klagen können, iſt wohl nicht zu leugnen. Aber verliehrt der Vater auch ſein Erbrecht in dem Vermögen des verſtoſſenen Kindes? Dieſes möchte ich nicht behaupten. Ferner fragt ſichs, kann ein Vater die Kinder alsdann verſtoſſen, wenn ſie eine Handlung begehen, auf welcher die Enterbung ſteht? Dies glaube ich mit Leyſer (* 2) allerdings. Doch verliehren die Kinder dadurch ihr Erbrecht nicht, wenn ſie nicht zugleich förmlich enterbt werden. (* 3) Eben ſo wenig, als die Kinder gegen ihren Willen emancipirt werden können, ſo wenig wird dem Vater ſeine Gewalt gegen ſeinen Willen genommen. Doch giebt es Fälle a) wo er die väterliche Gewalt zur Strafe von ſelbſt (*ipſo iure*) verliert; auch Fälle, wo er b) gezwungen wird, die Kinder zu emancipiren. Die Fälle, worinn die väterliche Gewalt von ſelbſt aufhört, ſind 1) wann er die Töchter zwingen will Huren zu werden, und ſich Preis zu geben; 2) wann er die Kinder ausſetzt; 3) wann er zu einer zweyten Ehe ſchreitet, welche blutſchänderiſch iſt.

(1) Diſſ.

(1) Diſſ. cit. cap. 5. §. 3. ſqq.
(2) *Leyſer* ſp. 17. cor. 3.
(3) *Müller* ad *Leyſer* tom. 1. obſ. 91.

§. 160. Fälle, wo der Vater zur Emancipation gezwungen wird.

In wie viel Fällen der Vater gezwungen werde, die Kinder zu emancipiren, iſt controvers. Der Streit lauft am Ende gröſtentheils auf Logomachie hinaus. Heimburg am a. O. hat die Sache weitläuftig abgehandelt. Die richtigſte Meinung iſt, wie ich gaube, dieſe: daß der Vater in drey Fällen zur Emancipation genöthigt werde: 1) wann er die Kinder grauſam und barbariſch behandelt; 2) wann ihm jemand etwas vermacht oder ſchenkt, mit dem Beding, daß er die Kinder emancipire, und er das Vermächtniß oder das Geſchenk annimmt. 3) Wann ich einen unmündigen Menſchen arrogirt habe, und dieſem jezt, da er mündig iſt, die Arrogation mißfällt.

§. 161. Wirkungen von der Erlöſchung der väterlichen Gewalt.

Wir wiſſen nun, auf welche Art die väterliche Gewalt erlöſche; was ſind aber die Wirkungen dieſer Erlöſchung? Man diſtinguire: entweder wird die väterliche Gewalt durch den Tod deſſen, dem ſie zuſtand, oder bey deſſen Leben geendigt. Wann das erſte geſchieht, ſo werden die Söhne und Töchter ſui iuris; erben den Vater, ohne daß ſie die Erbſchaft durch eine Thathandlung anzutretten brauchen, (ipſo iure) und heißen *ſui* heredes; die Enkel aber fallen zuweilen in ihres Vaters Gewalt zurück. (153. I.) Wie aber, wann die väterliche Gewalt bey Lebzeiten deſſen aufhört, dem ſie zukam? Dieſe Frage theilt ſich in zwey andere. Die erſte iſt: was verliert in dieſem Falle der Vater? die zweyte: was verlieren die Kinder. Auf die erſte Frage iſt die Antwort: 1) alle Rechte der väterlichen Gewalt hören auf; nur in dem einzigen Fall, wann der Vater die Kinder freywillig emancipirt, behält er den Nießbrauch über die Hälfte der Adventitien; das heißt des Vermögens, was die Kinder eigen haben; (beſtimmter wird dieſer Ausdruck im 430. §. erklärt werden.) Dieſen müſſen ſie ihm aus Dankbarkeit für die Emancipation (praemium emancipationis) überlaſſen, ſo lange er lebt. 2) Das Erbrecht des Vaters geht verlohren, a) wann der Vater die gröſte und mittlere Capitisdiminution leidet; dann er verliert ſeine Bürgerrechte, und niemand als ein Bürger konnte einen Bürger erben; b) wann der Vater die Kinder von einem andern vollkommen adoptiren ließ. Dann nun erbte der Adoptivvater das adoptirte Kind allein. Ob übrigens dieſes auch noch nach dem neueſten römiſchen Recht behauptet werden könne, iſt zweifelhaft; und die verneinende Meinung ſcheint die richtigſte. Denn nach der 118. Novelle erben die emancipirte Kinder ſo gut, als die nicht emancipirte (ſui,) und die Cognaten ſo gut, als die Agna-

ten. Daraus folgt, daß mich mein Sohn erbe, ob ich ihn gleich von ſeinem Aſcendenten habe adoptiren laſſen. Iſt aber dies richtig, ſo muß man auch zugeben, daß ich in dieſem Fall meinen Sohn erbe. c) Die Emancipation hebt das Erbrecht des Vaters nicht auf; denn der Vater, der ſeinen Sohn auf die alte Weiſe emancipirte, wurde als Patron des emancipirten Kindes angeſehen. (§. 157.) Der Patron aber erbte den Freygelaſſenen. (§. 82.) Ob nun gleich die alte Emancipation abgeſchafft wurde, ſo blieb doch das Erbrecht des Vaters im Vermögen der emancipirten Kinder in ſeiner Gültigkeit.

§. 162. Fortſetzung.

Die zweyte Frage war: was verlieren die Kinder, wann ſie aus der väterlichen Gewalt gehen? Man unterſcheide leibliche und Adoptivkinder von einander. Die letztere verlieren, wann ſie die väterliche Gewalt verlaſſen, faſt alle Rechte, welche ſie durch die Adoption erlangt hatten Ich ſage faſt alle Rechte. Nichts bleibt von den Wirkungen der Adoption übrig, als daß 1) der Adoptivvater die Tochter auch nach der Emancipation nicht heyrathen darf, weil die Ehe wider den Wohlſtand wäre; 2) wann ich einen Unmündigen arrogirt habe, und ihn ohne hinlängliche Urſache wieder emancipire, ſo muß ich ihm den vierten Theil meines Vermögens abtretten. (§. 145.) Bey den leiblichen Kindern aber iſt zu merken: wann ich ein Kind vollkommen, das heißt von ſeinem Grosvater oder Urgrosvater adoptiren laſſe, ſo verliert es alle Kindesrechte gegen mich; alſo das Recht auf Alim nte, und das Erbrecht. Doch ſcheint das letztere nach den neueſten Verordnungen Juſtinians in ſeinem Weſen zu bleiben, wie im vorigen §. gezeigt worden iſt. Auch 2) wann die Kinder die größte oder mittlere Capitisdiminution leiden, in die Sklaverey oder ins Exilium gerathen, ſo verlieren ſie alle Kindesrechte. 3) Die alte Emancipation brachte die Kinder in eine Art von Sklaverey. Sie war zwar nur fingirt, (imaginaria ſervitus) indeſſen hatte ſie doch rechtliche Wirkungen. Denn ſie hob die Familien- und Agnationsrechte auf. Ein Emancipirter wurde nicht mehr, als ein Mitglied der Familie, als ein Agnat angeſehen, erbte daher weder ſeinen Vater, noch jemand aus der Familie. Auch die obligationes ſtricti iuris wurden durch die Emancipation zernichtet; das heißt, wenn ein filius familias durch ein feyerliches Verſprechen, (verba ſolennia) ſich zu etwas verbindlich gemacht hatte, und emancipirt wurde, ſo hörte ſeine Verbindlichkeit auf. Eine gleiche Wirkung hatte die Anaſtaſianiſche Emancipation, doch behielte der Emancipirte das Succeßionsrecht in dem Vermögen ſeiner Geſchwiſter, welche in der väterlichen Gewalt geblieben waren. Auch konnte der Vater es bey dem Kayſer mit erbitten, daß dem emancipirten Kind die Familienrechte bleiben ſollten. L. 11. Cod. de legit. hered.

Nach

Nach Juſtinians Verordnung behalten die emancipirte Kinder ihr Erbrecht. Doch verlieren ſie das ius ſui heredis; das heißt, ſie ſind nicht mehr ipſo iure Erben ihres Vaters, ſondern müſſen die Erbſchaft durch die Antrettung erwerben, (* 1) und es iſt ein Irrthum, den viele Juriſten hegen, (* 2) daß auch die emancipirte Kinder nach dem Recht der Novellen ſui heredes ſeyen. 4) Wann ein Sohn durch eine Würde von der väterlichen Gewalt befreyt wurde, ſo behielt er ebenfalls die Familienrechte. Aber wie ſteht es mit dem iure ſui heredis? Da Juſtinian in der Novelle 81. Cap. 2. verordnet, daß Kinder in dieſem Falle gar nichts von ihren Rechten verlieren ſollen, ſo glaube ich, daß das ius ſui heredis nicht aufhöre. (* 3)

(1) *Ge. Lud. Boehmer* diſſ. de diſcrimine ſuorum & emancipatorum in ſucceſſione inteſtati § 2. ſqq. elect. iur. civ. T. I. p. 151. *Joh. Chriſt. Koch* de ſucceſſione ab inteſtato §. 6.

(2) *Forſter* de ſucceſſione ab inteſtato. L. 8. cap. 9. n. 6. *Stryk* de ſucceſſ. ab inteſtato diſſ. 1. cap. 2. *Hellfeld* iurisprud. forenſis Lib. 1. Tit. 7. §. 161.

(3) *Berger* oec. iuris p. 116. edit. noviſſ. Anderer Meynung iſt *Boehmer* l. c. §. 8. p. 146. ſqq.

§. 163. Deutſches Recht.

Die väterliche Gewalt wird 1) heutzutag, wie ſich von ſelbſt verſteht, durch den Tod verlohren. 2) Die Beendigung durch Capitisdiminution kommt bey uns ſehr ſelten vor; dann ob wir gleich Sklaven haben, ſo trägt ſich doch kein Fall zu, daß ein freyer Menſch und ein deutſcher Bürger ein Sklav würde. Er kann in türkiſche Sklaverey fallen, aber wir ſehen ihn darum doch nicht als Sklaven an. Wird jemand ein Leibeigener, ſo verliert er die väterliche Gewalt nicht, denn dieſe hat ein Leibeigener ſo gut, als ein Freyer. Wenn hingegen jemand in die Reichsacht erklärt wird, ſo verliert er alle ſeine Rechte, und folglich auch die väterliche Gewalt. Die Landesverweiſung aber hat dieſe Wirkung nicht. (* 1) 3) Würden und Aemter befreyen heutiges Tages nicht von der väterlichen Gewalt, und wenn es auch die höchſte und anſehnlichſte wären. Dies halte ich wenigſtens für die richtigere Meinung, und glaube daher, daß es ganz unnöthig ſey, zu unterſuchen, welche heutige Aemter mit den von Juſtinian feſtgeſetzten zu vergleichen ſeyen; auch daß die vormals ſehr beſtrittene Frage, ob die Doctorwürde von der väterlichen Gewalt befreye, leicht zu beantworten ſey. (* 2) Da übrigens der Sohn, wann er ein öffentliches Amt erhält, meiſtens auch ſeine eigene Haushaltung anſtellt, ſo geht er aus der väterlichen Gewalt; aber die Urſache liegt nicht in dem Amt, ſondern in der eigenen Oeconomie. 4) Die Emancipation iſt nicht abgeſchafft. Man hat Beyſpiele, daß ſie durch ein landesherrliches Reſcript ſowohl, als vor der Obrigkeit geſchieht. (* 3) Indeſſen iſt ſie doch

doch ſelten; weil die Kinder durch Anſtellung einer eigenen Haushaltung, und die Töchter inſonderheit durch das Heyrathen aus der väterlichen Gewalt gehen. (* 4)) Wann nemlich a) der Sohn ſich häuslich niederläßt, und zugleich von dem Seinigen lebt, ſo wird er von der väterlichen Gewalt frey. Beydes alſo wird zuſammen erfordert, eines allein iſt nicht hinreichend. (* 5) Ein gleiches iſt b) Rechtens, wann die Tochter ihre eigene Oeconomie anfängt, wiewohl der Fall ſelten iſt. (* 6) c) Wann die Tochter heyrathet, ſo hört die väterliche Gewalt auf. (* 7) Hingegen hat d) die Verheyrathung des Sohnes allein dieſe Wirkung nicht. (* 8) 6) Dieſe Befreyung von der väterlichen Gewalt hebt zwar das Erbrecht nicht auf, aber doch das ius ſui heredis. (* 9) Wann heutiges Tages ein Kind ausdrücklich emancipirt wird, ſo behält der Vater die Hälfte der Adventitien im Nießbrauch, wie das römiſche Recht vorſchreibt. (* 10) Aber wenn die Kinder durch die eigene Haushaltung oder Verheyrathung aus der väterlichen Gewalt gehen, ſo fällt der Nießbrauch ganz weg. Dies iſt wenigſtens die richtigere Meinung. (* 11) Dann dieſe Befreyung iſt eine Wohlthat der Geſetze, nicht des Vaters. Der Vater kann alſo keine Belohnung dafür fordern. 8) Einige nennen die Befreyung der Kinder von der väterlichen Gewalt durch Heyrath und eigene Haushaltung eine ſtillſchweigende oder Quaſiemancipation. Aber die Benennungen ſind unſchicklich. Dann Emancipation erfordert eine Erklärung des Vaters, und zwar eine ausdrückliche. Hier aber iſt ſchlechterdings keine Erklärung des Vaters nöthig, ſondern die Befreyung von der väterlichen Gewalt geſchieht ipſo iure, auch gegen des Vaters Willen.

(1) *Lauterb.* coll. th. pr. Lib. 1. Tit. 7. §. 22.

(2) *Harpprecht* diſſ. de ſeparatione liberorum ab oeconomia paterna (in diſſ. academ. Vol. 1. n. 3.) n. 151. *Wernher* obſerv. ad *Boehmer* tit. de adopt. §. 10. *Thomaſ.* not. ad Inſt. h. t. p. 71.

(3) *Wernher* part. 1. obſ. 9. pag. 11. *Heimburg* diſſ. cit. §. 65. ſqq. *Ludolf* Tom. 2. obſ. 165. Moſer Staatsrecht 22. Theil. Seite 431. *Müller* ad *Leyſer.* tom. 1. obſ. 101.

(4) Man ſehe von dieſer Materie *Ferd. Chriſt. Harpprecht* diſſ. cit.

(5) *Berger* Part. 1. reſp. 195. *Stryk* Uſ. mod. tit. de adopt. §. 19. *Leyſer* ſp. 21. med. 4. *Harpprecht* theſ. 22. & 27.

(6) *Harpprecht* theſ. 19. n. 101.

(7) *Pufendorf* Tom. 1. obſ. 99. Ob die Verheyrathung der Töchter bey den Römern eine Diſſolution der väterlichen Gewalt nach ſich gezogen habe, unterſucht *D'Arnaud* in var. coniecturis. pag. 194.

(8) *Heimburg* l. cit. §. 79. *Stryk* ad Lauterb. Tit. de adopt. verb. *matrimonium.*

(9) *G. L. Boehmer* diſſ. cit. §. 16. ibique citati. *Harpprecht* diſſ. alleg. th. 37. n. 206. *Renz* diſſ. de mixtura iuris rom. & germ. in materia de patria poteſtate §. 32. *Pufendorf.* Tom. 3. obſ. 7.

(10) *Berger* Oecon. iur. L. 2. Tit. 2. theſ. 33. not. 9. *Barth* diſſ. de emancipat. ſax. §. 8.

(11) Man ſehe Hombergk am a. O. *Stryk* in U. M. tit. de adopt. §. 26. *Berger* l. c. *Renz* diſſ. cit. §. 34. *Pufendorf* Tom. I. obſ. 98. §. 17. p. 270. Cramer Nebenſtunden 81. Theil. 7. Stück S. 141. Anderer Meinung iſt *Leyſer* ſp. 164. med. 5.

§. 164. Von der Abfindung der Kinder.

Um die Streitigkeiten abzuſchneiden, die in dem Fall, wann Kinder aus verſchiedenen Ehen erben wollen, oft entſtehen; und zu verhindern, daß die Kinder erſter Ehe nicht durch die Stiefeltern verkürzt werden, hat man an einigen Orten in Deutſchland die **Abſonderung der Kinder, Abtheilung, Abfindung, Schichtung** eingeführt. Eltern, die zur zweyten Ehe ſchreiten wollen, tretten den Kindern erſter Ehe einen Theil ihres Vermögens ab, der entweder durch Verträge, oder die Obrigkeit beſtimmt wird. Die Wirkung davon iſt, a) daß die Kinder Eigenthümer dieſes abgetrettenen Vermögens werden; b) daß ſie Vormünder bekommen; c) daß die Kinder zweyter Ehe das übrige Vermögen allein erben, und d) die abgefundene Kinder nur alsdenn darinn ſuccediren, wann aus zweyter Ehe keine Kinder gebohren werden. (* 1) Hingegen e) die väterliche Gewalt wird durch die Separation nicht aufgehoben. (* 2)

(1) *Melch. Dethmar. Grolmann.* diſſ. de ſeparatione liberorum per elocationem et diviſionem Giſſ. 1711. *Ioh. Georg Buinekau* diſſ. de ſeparatione liberorum. Goetting. 1752. *Mev.* ad ius Lubec. P. 2. Tit. 2. artic. 2. et 3. *Stryk* de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. 1. cap. 4. §. 23. ſqq. *Hert.* vol. 1. reſp. 195.

(2) *Buinekau* diſſ. cit. §. 9. G. L. Boehmer diſſ. cit. de diſcrim. ſuorum et emancipatorum §. 17.

TIT. XIII.

De Tutelis.

§. 165. Eintheilung der Menſchen, welche ſui iuris ſind.

Im Familienzuſtande ſind die Menſchen entweder **ihre eigne Herren**, oder nicht, (ſui iuris oder alieni iuris.) Die leztere ſind entweder Sklaven, oder filii familias. Von beyden iſt in den vorhergehenden Titeln gehandelt. Wir gehen nun zu den Menſchen, welche ſui iuris oder patres familias ſind, und dieſe ſind von dreyerley Art. Einige ſtehen unter der **Tutel**, andere unter der **Curatel**, andere unter **keiner Aufſicht** (neutro iure tenentur).

§. 166. Von den zweyerley Arten der Tutel nach altem römiſchen Rechte.

Das Wohl des Staates erfordert, daß Menſchen, welche ſich nicht ſelbſt vorſtehen, und ihr Vermögen nicht ſelbſt verwalten können, einen Beyſtand bekommen,

men, der die Aufſicht über ihre Perſon und Güter führt. Dergleichen Perſonen waren nach dem alten römiſchen Recht 1) alle **Weibsperſonen** lebenslang; 2) die **unmündige Mannsperſonen.** Daher ſtanden die Weibsperſonen unter einer beſtändigen Tutel; nemlich ſo lange ſie unmündig waren, unter der **pupillariſchen**, ſobald ſie aber mündig wurden, unter der **Weibertutel.** Die Mannsperſonen hatten Vormünder, bis ſie mündig wurden. Die beſtändige Tutel der Weibsperſonen aber kam in neuern Zeiten, ohngefehr im dritten Jahrhundert nach Chriſti Geburt, ab; genau läßt ſich die Epoche nicht beſtimmen. (*[1]) Nach neuem römiſchen Recht alſo ſtehen nur Unmündige, das heißt Mannsperſonen, welche noch nicht 14 Jahre haben, und Perſonen weiblichen Geſchlechts, die noch nicht 12 Jahre alt ſind, unter der Tutel; von der **beſtändigen Weibertutel** kommt in unſern Juſtinianeiſchen Geſetzbüchern nichts mehr vor.

(1) *Everh. Otto* diſſ. de perpetua feminarum tutela cap. I. §. 24. in diſſ. iur. publici et privati p. 227. ſqq.

§ 167. Erklärung der pupillariſchen Tutel.

Was iſt alſo die pupillariſche Tutel? Unſer Autor giebt zwey Definitionen, eine eigene, und eine legaliſche. Die eigene heißt: **die Tutel iſt ein öffentliches, perſönliches** *munus*, **vermöge deſſen jemand Unmündige, die** *ſui iuris* **ſind, erziehen, und ihr Vermögen verwalten muß.** Alſo iſt ſie ein öffentliches, perſönliches munus. Munus publicum heißt im römiſchen Recht eine Beſchwerde, eine Pflicht, die ein Bürger zum Beſten des Staats übernehmen muß. Beſteht dieſe Beſchwerde in einer Abgabe, ſo heißt ſie munus publicum *reale;* iſt ſie aber ein Dienſt, eine Beſchäftigung, ſo heißt ſie munus publicum *perſonale.* Alſo munus publicum bedeutet in der Definition der Tutel kein öffentliches Amt. Der Tutor iſt keine öffentliche, ſondern eine Privatperſon. Er hat aber als Bürger dem Staat zum Beſten eine beſchwerliche Bemühung. Dieſe beſteht a) in der Erziehung eines Unmündigen, oder einer Unmündigen, und b) in der Verwaltung ihres Vermögens. Genauer wird dieſe doppelte Pflicht im 21ten Titel dieſes Buchs beſchrieben werden. Die Unmündige, welche unter der Tutel ſtehen, heißen **Pupillen, Pflegbefohlne, Mündel.** Die Tutel iſt alſo unterſchieden von der **Curatel** eines **Minderjährigen.** Wann nemlich ein Menſch **mündig**, aber noch nicht majorenn, nicht 25 Jahr alt iſt, ſo wird ſein Vermögen von einem **Curator** verwaltet. Im Deutſchen benennt man beyde mit dem allgemeinen Namen **Vormund.** Die legaliſche Definition ſteht im §. 1. Inſt. h. t. Ueber ihre Erklärung iſt vieles geſchrieben worden. Die Tutel ſoll *vis* et *poteſtas* ſeyn. In dieſen Worten ſucht man mancherley Geheimniſſe, an die der Verfaſſer wohl nie gedacht hat. (*[1]) *In capite libero.* Ob dieſe Worte auf den Tutor oder Pupillen gehen, iſt beſtritten. Die richtigſte Meinung aber iſt wohl, daß der Pupill darunter zu verſte-

hen

hen ſey. (* 2) *Iure civili data et permiſſa.* Einige ſuchen in dieſen Worten die Gattungen der Tutel, die teſtamentariam, legitimam und dativam; ſind aber wieder verſchiedener Meinung, wann die Frage iſt, welche von dieſen Tutelen iure civili data, und welche nur permiſſa ſey? Andere erklären die angeführte Worte richtiger nur dahin: einem Tutor iſt ſeine Gewalt von den Geſetzen ertheilt, aber auch beſtimmt und eingeſchränkt.

(1) Man ſ. *Maran.* paratitl. tit. de teſtam. tut. in opp. p. 428. *Ev. Otto* in vita Serv. Sulpicii cap. 6. §. 4. in Eiusd. theſaur. Tom. 5. p. 1589. *Gebauer* Programm. cit. in Eiusd. Exercit. Vol. 2. n. 26. *Toullieu* diſſ. de auctoritate curatorum aetatis, in collectan. n. 8. p. 279. ſqq. *Chriſt. Wagner* lib. ſing. de genuino definitionis tutelae intellectu Lipſ. 1742.
(2) *Wieſand* opuſc. p. 7. ſqq.

§. 168. Drey Gattungen der Tutel, in Rückſicht auf deren Fundament.

Die Tutel iſt, wann man auf ihr Fundament ſiehet, dreyerley: teſtamentaria, legitima und dativa. Wann der Vater oder Großvater im Teſtament einen Vormund ernennt: ſo heißt er *tutor teſtamentarius*, ſeine Vormundſchaft *tutela teſtamentaria.* Wann aber kein teſtamentariſcher Tutor vorhanden iſt: ſo müſſen die nächſte Verwandten des Unmündigen die Tutel übernehmen, und dieſe heißt *tutela legitima.* Sind auch keine Verwandte da: ſo giebt die Obrigkeit einen Vormund, welcher *tutor dativus* heißt. Die teſtamentaria geht allen andern vor. Wann der Vater im Teſtament einen Vormund ernennt hat, ſo haben die Verwandte weder ein Recht, noch eine Verbindlichkeit zur Tutel. Die legitima ſchließt die dativam aus; das heißt, ſo lange ſich noch Anverwandte des Pupillen finden, welche zur Vormundſchaft tüchtig ſind, kann die Obrigkeit keinen Fremden zum Vormund beſtellen.

Zweyerley habe ich noch anzumerken: 1) man findet bey dem Ulpian in ſeinen Fragmenten tit. 11. §. 7. 8. von einer *tutela ceſſitia* Nachricht. Er verſteht darunter eine Tutel, die ein Anverwandter dem andern abtritt. Alſo nur die tutela *legitima* konnte abgetretten werden. Das Claudiſche Geſetz ſchaffte aber dieſe Abtrettung der pupillariſchen Tutel ab, und erlaubte ſie nur bey der beſtändigen Weibertutel. (* 1) 2) Kennt nicht das römiſche Recht auſſer der tutela teſtamentaria, legitima und dativa auch die *pactitiam?* Ueber dieſe Frage iſt in den neuern Zeiten Streit geführt worden, deſſen Geſchichte man in den Halliſchen Beyträgen zur juriſtiſchen gelehrten Hiſtorie (* 2) findet. Doch fehlen einige neuere Schriften. (* 3) Die richtigere Meinung, die auch Heineccius vertheidigt, iſt, daß das römiſche Recht nichts von der tutela pactitia wiſſe. Die Geſetze, worinn man dieſe Tutel hat finden wollen, ſind §. 9. Inſt. de excuſ. tutor. und L. 15. §. 1. D. eod. Darinn heißt es, ein Vormund könne ſich nicht von der Tutel excuſiren, wann er dem Vater des

Pupillen

Pupillen verſprochen habe, ſich ſeiner Excuſation nicht bedienen zu wollen. Dieſe Geſetze ſetzen alſo voraus, daß der Vormund ſchon durch Teſtament, oder durch die Geſetze unmittelbar zur Tutel verpflichtet, ſchon tutor teſtamentarius oder legitimus war. Der Grund ſeiner Vormundſchaft war folglich nicht ſein Vertrag mit dem Vater; und tutela pactitia kann doch wohl keine Tutel heißen, als deren Grund in einem Vertrage liegt.

(1) *Chriſtian Guilielm. Küſtner* diſſ. de tutela ceſſitia. Lipſ. 1745. 4.
(2) 1. Theil. 131. u. f. S.
(3) Nemlich *Lud. Henr. Schmid* de tutela pactitia iure rom. incognita. Alton. 1743. *H. G.* van *Vrghof* obſervat. iur. civ. cap. 9. *Io. Gottl. Heineccii* opuſculum de tutela pactitia. Lipſ. 1765. 4.

§. 169. Wer kann Vormund werden?

Weil die Tutel ein perſönliches munus iſt, ſo kann 1) ein filius familias Vormund werden; dann er iſt ein freyer Menſch, und hat in Rückſicht auf den Staat alle Rechte und Pflichten eines Bürgers. Hingegen 2) ein Sklave, ein Fremder, eine Weibsperſon können keine Tutelen übernehmen. Denn ein Sklave und Fremder haben die Rechte und Pflichten der Bürger nicht; und einer Weibsperſon trauen die Geſetze die zur Tutel erforderliche Geſchicklichkeit, Ueberlegung und Klugheit nicht zu. Doch ſind Mutter und Großmutter ausgenommen. (* 1) Sie können nicht allein Vormünderinnen werden, ſondern gehen auch andern Verwandten in der Vormundſchaft vor. Man glaubt, daß das, was ihnen als Weibsperſonen an der erforderlichen Geſchicklichkeit fehle, durch die vorzügliche Liebe zu ihren Kindern und Enkeln hinlänglich erſetzt werde. Nur müſſen ſie im Wittwenſtande bleiben. Denn ſobald ſie zur zweyten Ehe ſchreiten, verlieren ſie die Vormundſchaft; weil man fürchtet, daß ſie für den zweyten Ehemann mehr Liebe, als für ihre Kinder oder Enkel hegen mögen.

(1) Auch können heutiges Tages, wie Leyſer ſp. 331. med. 4. glaubt, andere Verwandtinnen, z. E. Schweſtern und Tanten zur Vormundſchaft gelaſſen werden.

§. 170. Fortſetzung. Die Vormünder ſind in Abſicht auf ihr Amt dreyerley.

Der Vormund ſoll den Pupillen erziehen, und ſein Vermögen verwalten. 1) Wer alſo zur Erfüllung dieſer doppelten Pflicht nicht fähig iſt, der wird nicht zur Vormundſchaft gelaſſen. Im Titel de excuſationibus tutorum werden dieſe Vormundſchaftsunfähige genauer beſtimmt werden. Weil aber 2) der Vormund auf mancherley Art dieſe Pflichten erfüllen kann, ſo ſind die Vormünder dreyerley, entweder *gerentes*, oder *honorarii* oder *notitiae cauſa dati.* Gerentes heißen die, welche unmittelbar an der Erziehung und Güter-

Admi-

Adminiſtration Theil nehmen; honorarii, welche nur die Oberaufſicht führen, und notitiae cauſa dati, welche den übrigen mit ihrem Rathe beyſtehen ſollen.

§. 171. Wer bekommt einen Vormund?

Der Tutor wird zur Erziehung des Pupillen, und zur Güterverwaltung beſtellt. Daraus folgt, 1) daß ein filius familias keinen Tutor bekommt, dann er iſt in der väterlichen Gewalt; ſein Vater erzieht ihn, und verwaltet ſein Vermögen. 2) Kein Sklave bedarf eines Tutors. Er hat kein Vermögen, und iſt er noch unerzogen, ſo erzieht ihn ſein Herr. 3) Auch ein Fremder bekam keinen römiſchen Tutor, das iſt, keinen Tutor, deſſen Rechte und Verbindlichkeiten nach den römiſchen Geſetzen beurtheilt wurden.

TIT. XIV.

Qui teſtamento tutores dare poſſunt.

§. 172. Einleitung zu dieſer Materie.

Die erſte Gattung der Tutel iſt alſo die teſtamentariſche. Wann jemand in einem letzten Willen einem Pupillen einen Vormund ſetzt: ſo iſt er entweder Vater (väterlicher Grosvater, Urgrosvater) des Unmündigen, oder nicht. Im letzten Fall iſt keine teſtamentariſche Tutel vorhanden. Der Vormund wird zwar zuweilen von der Obrigkeit beſtätigt, wann er tüchtig iſt; aber er iſt doch kein teſtamentariſcher Tutor, ſondern ein *datiuus*. Wann hingegen der Vater einen Vormund ernennt, ſo heiſt die Tutel eine teſtamentariſche, und dieſe iſt zweyerley. Entweder ernennt der Vater den Vormund auf die gehörige Weiſe, oder nicht. Im erſten Fall heiſt man die Vormundſchaft *tutelam teſtamentariam perfectam*, im andern *imperfectam*. Der letztere Vormund hat obrigkeitliche Beſtättigung nöthig, erſterer nicht. Dieß iſt ein kurzer Abriß der Lehre von der teſtamentlichen Vormundſchaft, der uns in den Stand ſetzen wird, den gegenwärtigen Titel mit geringerer Mühe zu verſtehen.

Die teſtamentariſche Tutel iſt ſchon in den Geſetzen der zwölf Tafeln gegründet. Dann ſie verordnen in der fünften Tafel: daß alles, was ein Hausvater über ſein Vermögen, oder über die Vormundſchaft ſeiner Kinder verordne, gelten ſolle. Ob die Leſeart tutelaue *ſuae rei*

richtig ſey, iſt zweifelhaft; weil es einigen unſchicklich ſcheint, daß die Kinder *res* ſeyn ſollen. Sie leſen alſo nach Anleitung der Leg. 53. D. de V. S. ſuper pecuniae tutelaeue, nach alter Art der Genitiv ſtatt des Ablativs geſetzt. Man ſehe Schultings Noten über Ulpians Fragmente am a. O. (* 1)

(1) Auch *Wieling* Lect. iur. civil. lib. 2. cap. 17. *Io. Frid. Hertel* diſſ. de genuino ſenſu legis 120. de verb. ſignif. p. 22. ſqq. und *Madihn* tr. de ſubſtit. pupill. §. 9. 10.

§. 173. Grund der teſtamentlichen Tutel.

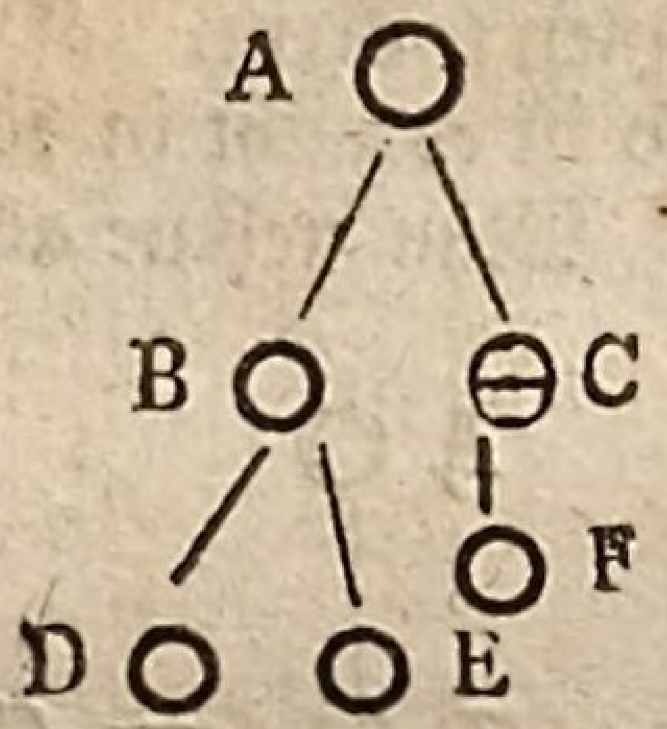
Der Grund der teſtamentariſchen Tutel iſt folglich kein anderer, als die väterliche Gewalt. Wer dieſe hat, kann einen wahren und vollkommenen teſtamentariſchen Tutor beſtellen, auſſerdem Niemand. Alſo der Vater kann den Kindern, der väterliche Grosvater den Enkeln, der väterliche Urgrosvater den Urenkeln Vormünder beſtellen. Hingegen die Mutter, die Grosmutter, der mütterliche Grosvater, (* 1) u. ſ. w. ſind nicht befugt dazu.

(1) *Brunnemann* cent. 1. deciſ. 93. *Georg. Dav. Richerz* diſſ. var. quaeſt. circa teſtamentum avi materni, (Giſſ. 1775.) §. 5.

§. 174. Was bey Beſtellung eines teſtamentariſchen Vormundes zu beobachten iſt.

Wann aber der Vater oder Grosvater einen Vormund beſtellen wollen: ſo müſſen ſie es auf die gehörige Weiſe thun. Dahin gehört 1) daß ſie den Vormund in einem gültigen Teſtamente, oder in Codicillen ernennen, die im Teſtament beſtätiget ſind. Die Urſache liegt darinn; wann ich einen Vormund über meine Kinder ernenne, ſo will ich, daß er verbunden werde, meinen Willen zu erfüllen. Ich muß alſo eine ſolche Willenserklärung wählen, welche verbindende Kraft hat. Von dieſer Art aber ſind die Teſtamente; dann ſie wurden in den älteſten Zeiten Roms eben ſo wie die Geſetze in den Volksverſammlungen (comitiis) errichtet, und hatten daher geſetzliches Anſehen. Ein gleiches Anſehen hatten die im Teſtament beſtätigte Codicille; dann ſie wurden als ein Theil des Teſtaments angeſehen, und was darinn verordnet iſt, wird angeſehen, als wenn es im Teſtament ſelbſt verordnet wäre. Beyläufig bemerke man, daß eine Willenserklärung, worinn ich einen Erben ernenne, ein Teſtament; eine andere Diſpoſition aber, die nach meinem Tod befolgt werden ſoll, ein Codicill heiſe. Wann ich im Teſtament erkläre, daß auch die ſchon verfertigte, oder noch zu verfertigende Codicille als ein Theil des Teſtaments betrachtet werden, und gelten ſollen: ſo nennt man ſie durch Teſtament beſtätigte Codicille. Genauer wird dieſe Sache in den Titeln de teſtamentis, und de codicillis erklärt werden.

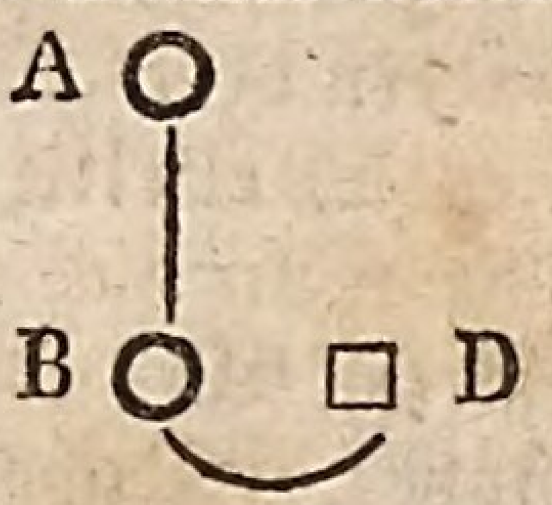
Wann ich meinen Kindern oder Enkeln einen teſtamentariſchen Vormund ernennen will, ſo müſſen es 2) eheliche, und 3) noch nicht emancipirte Kinder oder Enkel ſeyn; dann unehliche und emancipirte Kinder ſind nicht in meiner väterlichen Gewalt. 4) Wer einen Vater hat, und in deſſen Gewalt iſt, bedarf keines Vormundes. Daher kann der Grosvater ſeinen Enkeln keinen Vormund beſtellen, wann ſie nach ſeinem Tode in des Vaters Gewalt fallen. Man denke ſich nemlich den Fall



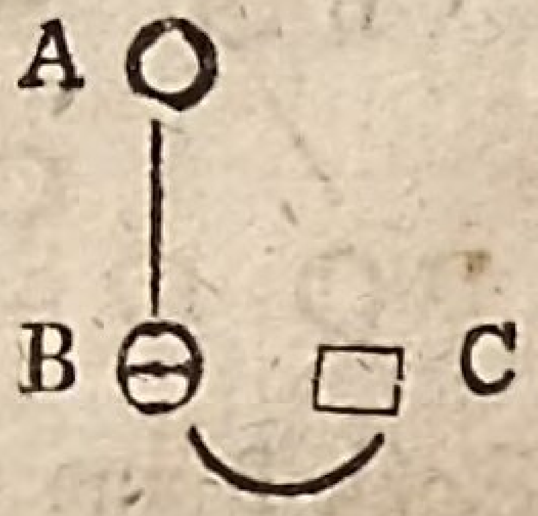
daß der Grosvater A ſeinen Sohn B und ſeine Enkel D E F noch alle in ſeiner väterlichen Gewalt habe. Dieſer Fall konnte bey den Römern oft vorkommen, weil die Söhne, wann ſie gleich ihre eigne Haushaltung anſtellten, und heyratheten, doch in der väterlichen Gewalt blieben. Kann alſo der Grosvater A ſeinen Enkeln D E und F einen Vormund beſtellen? Dem Enkel F kann er einen ernennen, dann dieſer wird nach des Grosvaters Tod ein homo ſui iuris; aber nicht den Enkeln D und E, weil ſie nach ſeinem Tod in ihres Vaters B Gewalt fallen.

§. 175. Kann man den enterbten und poſtumen Kindern einen Vormund ernennen?

Die väterliche Gewalt hört nicht auf, wenn ich mein Kind enterbe. Daraus folgt, daß ich die Kinder enterben, und ihnen doch einen Vormund ernennen kann. Der Fall wird ſich übrigens nicht leicht ereignen. Dann Enterbung ſetzt eine groſſe Boßheit, Tutel einen unmündigen Menſchen voraus. Nicht leicht aber wird ein Unmündiger ſchon ſo boshaft ſeyn, daß ihn ſein Vater enterben wird. Kann einem poſtumo ein Tutor beſtellt werden? Poſtumus heiſt nemlich hier ein Kind, das zu der Zeit, da die Vormundſchaftsernennung im Teſtament geſchieht, noch nicht gebohren iſt. Kann ich alſo einem Kinde, welches noch nicht gebohren iſt, einen Vormund ernennen? Man bemerke die Regel: Wann der Fall ſo beſchaffen iſt, daß der Poſtumus in des Teſtators Gewalt kommt, woſern er noch bey deſſen Lebzeiten gebohren wird, ſo kann ihm ein Tutor ernennt werden; auſſerdem aber nicht. Geſetzt alſo



A macht ein Teſtament, B iſt emancipirt, ſeine Frau C iſt zur Zeit, da das Teſtament errichtet wird, ſchwanger. Kann A dieſem noch nicht gebohrnen Kinde einen Vormund ernennen? Nein. Dann wann das Kind bey des A Lebzeiten zur Welt kommt, ſo iſt es nicht in deſſen Gewalt, ſondern in der Gewalt ſeines Vaters, des B. Man nehme aber an



Der Sohn B ſey nicht emancipirt geweſen, ſey verſtorben, und ſeine Wittwe befinde ſich ſchwanger. Jetzt mache A ein Teſtament. Kann er dem noch ungebohrnen Enkel einen Vormund ernennen? Allerdings, dann wann dieſer noch bey des Grosvaters Leben gebohren wird, ſo iſt er in deſſen väterlichen Gewalt. Der Grund übrigens, warum auch einem noch ungebohrnen Kinde ein Tutor ernennt werden kann, liegt in der Rechtsregel: poſtumus pro iam nato habetur, quoties de commodo eius quaeritur. Nun halten es aber die römiſche Geſetzgeber für etwas vortheilhaftes, einen teſtamentariſchen Vormund zu haben; weil ſie glauben, daß der Vater und der Grosvater allezeit den möglichſt beſten wählen werden. Deßwegen ſehen ſie einen Poſtumus in Rückſicht auf die teſtamentariſche Tutel für ſchon gebohren an.

§. 176. Wer kann im Teſtament zum Vormund beſtellt werden.

Wann ich im Teſtament einen Vormund ernenne, ſo will ich, daß mein Wille Wirkung haben ſoll. Folglich muß ich 1) einen beſtellen, welcher fähig iſt, die Vormundſchaft zu übernehmen. Beſtelle ich einen, der phyſiſch oder moraliſch unfähig dazu iſt, z. E. einen blödſinnigen, einen Soldaten: ſo iſt die Ernennung ohne Kraft. Ich muß 2) meinen Willen beſtimmt ausdrücken, ſo daß man weiß, wen ich gemeint habe, und keine Ungewißheit übrig bleibt. Wann ich alſo, wie jener Vater bey Leyſer (*1) erklärt hätte, daß meinen Kindern verſchwiegene, ehrſame, und wohl angeſeſſene *tutores* gegeben werden ſollten: ſo iſt die Erklärung ſo gut, als

keine.

keine. Einerley aber iſt es 3) ob ich den Vormund unbedingt, (pure) oder unter einer Bedingung, nach einer Zeit, oder auf eine Zeit ernenne. Dann die Geſetze der 12 Tafeln erlauben dem Vater zu diſponiren, wie er will. Ich kann alſo ſagen: Titius ſoll der Vormund meiner Kinder ſeyn, unter der Bedingung, wann er ſeine Wohnung hieher verlegen wird, oder, wann er nicht heyrathet, und keine eigene Kinder zu erziehen bekommt. u. ſ. w. Er ſoll Vormund ſeyn über mein Kind, bis es 10 Jahr alt iſt (in certum tempus), nachher ſoll Cajus die Vormundſchaft übernehmen, (alſo a certo tempore.)

(1) Sp. 330. m. 2.

§. 177. Was iſt Rechtens, wann ein anderer als der Vater einen Vormund beſtellt?

Nur die Tutel, wie ſchon vorhin erinnert worden iſt, heiſt bey den Römern eine teſtamentariſche, welche vom Vater, Grosvater, ꝛc. beſtellt iſt. Wann ein anderer z. E. die Mutter, der Oheim, ein entfernter Verwandter, oder auch ein Fremder einem Unmündigen einen Vormund im Teſtament ernennt, ſo iſt es kein tutor teſtamentarius; doch wird er von der Obrigkeit bisweilen zur Tutel gelaſſen. Wann ich nemlich a) einem Unmündigen, der nicht in meiner väterlichen Gewalt iſt, einen Tutor ernenne, und ihn zugleich zu meinem Erben einſetze, ſo wird der Tutor, wann ihn die Obrigkeit für tüchtig hält (praevia inquiſitione) beſtätigt, und er iſt ein tutor datiuus. Wann ich hingegen b) einem Unmündigen, über den ich keine väterliche Gewalt habe, im Teſtament einen Vormund ernenne, und denſelben doch nicht zum Erben einſetze: ſo wird auf meine Vormundsbeſtellung gar keine Rückſicht genommen.

§. 178. Die teſtamentariſche Tutel iſt entweder vollkommen oder unvollkommen.

Die vom Vater beſtellte Tutel iſt entweder ohne allen Mangel, das heiſt, der Vater giebt einen Vormund in der gehörigen Willenserklärung, (ubi oportet); den Kindern, die in ſeiner Gewalt ſind, und nach ſeinem Tode ſui iuris werden, (quibus oportet); und zwar einen zur Tutel fähigen, beſtimmten Mann, (quem oportet); oder ſeine Ernennung hat Mängel. Im erſten Fall wird nach römiſchem Recht der Vormund ohne alle obrigkeitliche Beſtätigung zur Vormundſchaft gelaſſen, und dieſe heiſt daher bey den neuern Juriſten tutela teſtamentaria perfecta. Im letzten Fall aber muß der Vormund die obrigkeitliche Beſtätigung ſuchen, und erhält ſie, auch ohne weitere Prüfung, (ſine inquiſitione); wann er nur nicht ganz offenbar unfähig zur Tutel iſt. Er wird auch als ein teſtamentariſcher, und nicht als ein datiuus tutor angeſehen; und dieſes iſt tutela teſtamentaria imperfecta.

Die Fälle, wo ſie vorkommt, ſind in der Note erzählt. Es gehört dahin a) wann das Teſtament, worinn der Vormund ernennt iſt, ungültig iſt. b) Wann der Vormund in Codicillen ernennt iſt, die in einem Teſtament beſtätiget ſind; c) wann ich meinen emancipirten Kindern einen Vormund ernenne, oder d) meinen natürlichen, das heißt, mit einer Concubine erzeugten Kindern. Nur muß ich ihnen zugleich etwas von meinem Vermögen hinterlaſſen, dann ſonſt wird, wie vorhin geſagt worden iſt, auf meine Diſpoſition nicht reflectirt.

§. 179. Was iſt Rechtens, wann der teſtamentariſche Tutor verhindert wird, oder ganz wegfällt?

1) Zuweilen wird der teſtamentariſche Tutor **verhindert**, die Tutel ſogleich zu übernehmen; (tutela teſtamentaria impeditur.) 2) Zuweilen fällt derſelbe **ganz weg**, das iſt, er kommt gar nicht zur Tutel, oder verliert ſie; (deficit tutela teſtamentaria.) Im erſten Fall giebt die Obrigkeit einen **Interims-Vormund**, welcher die Tutel ſo lange führt, bis das Hinderniß aufhört. Dahin gehört, wie in der erſten Note bemerkt wird: a) wann der Tutor erſt nach einer gewiſſen Zeit die Vormundſchaft erhalten ſoll, und dieſe Zeit bey dem Abſterben des Vaters noch nicht erſchienen iſt, (dies adhuc pendet;) b) wann der Tutor nicht eher zur Vormundſchaft kommen ſoll, bis eine gewiſſe Bedingung erfüllt iſt, (datus eſt ſub conditione ſuſpenſiva,) und die Erfüllung noch nicht geſchehen iſt; (conditio adhuc pendet.) c) Wann der Vormund unbedingt beſtellt worden iſt, aber der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft noch nicht angetretten hat. Dann ſo lange das noch nicht geſchehen iſt, bleibt alles aufgeſchoben, (in ſuſpenſo) was im Teſtament verordnet iſt. (* 1) Man muß ſich übrigens hier folgenden Fall vorſtellen: der Vater hat ſein unmündiges Kind enterbt, und einen andern Erben eingeſetzt, dem Kind aber dennoch einen Vormund beſtellt. Der eingeſetzte Erbe deliberiret, ob er die Erbſchaft annehmen will. Während dieſer Zeit wird von der Obrigkeit ein Tutor gegeben. Tritt nachher der Erbe die Erbſchaft an, ſo wird die Tutel dem teſtamentariſchen Tutor übergeben. (* 2) d) Gehört hieher der Fall, wenn der teſtamentariſche Tutor in die feindliche Gefangenſchaft gerathen iſt. Während dieſer Zeit nemlich, daß er gefangen iſt, giebt die Obrigkeit einen Vormund; und kommt der teſtamentariſche Vormund wieder zurück, ſo wird ihm die Tutel abgetreten. e) Wann der im Teſtament ernennte Tutor noch minderjährig iſt. Hier muß die Obrigkeit einen Tutor geben, welcher in der Zwiſchenzeit, bis der teſtamentariſche Vormund majorenn wird, die Tutel führt. f) Wenn er taubſtumm oder blödſinnig iſt, und man hofft, daß die Mängel mit der Zeit gehoben werden können.

Wie aber, wenn die teſtamentariſche Tutel **ganz wegfällt**? Hier ſind

zwey

zwey Sätze zu bemerken. Der erſte heißt: wann die Obrigkeit bey dem Abgang des teſtamentariſchen Tutors concurriret, ſo giebt ſie einen andern Vormund; der zweyte: wenn ſie aber nicht concurriret, ſo kommt der geſetzliche Tutor zur Vormundſchaft. Zu dem erſten Satz gehören folgende Beyſpiele, a) wenn der im Teſtament ernennte Tutor ſich entſchuldiget. Findet der Magiſtratus die Entſchuldigung gegründet: ſo diſpenſirt er den ernennten Vormund von der Tutel, und giebt einen andern, wen er will, nicht gerade den nächſten Verwandten des Pflegbefohlnen. b) Wann der teſtamentariſche Tutor wegen ſchlechter Führung der Vormundſchaft abgeſetzt wird. Auch hier giebt die Obrigkeit einen andern Vormund, und zwar, wen ſie will. Zum zweyten Satz gehören nachſtehende Exempel: a) wann der teſtamentariſche Tutor ſtirbt, ehe er die Tutel übernommen hat, oder ehe der Pupill mündig iſt; (*[1]) b) wann die Zeit, auf welche der Vormund ernennt war, verfloſſen iſt. (dies, in quem tutor datus, venit.) c) Wann der Vormund nur bis zur Exiſtenz einer gewiſſen Bedingung die Vormundſchaft führen ſoll, z. E. ſo lange bis er heyrathet, und dieſe Bedingung exiſtirt, (conditio reſolutiva exiſtit.) In allen dieſen Fällen übernimmt der geſetzliche Vormund (tutor legitimus) die Tutel.

Der Grund, warum in dem einen Fall die Obrigkeit einen Tutor giebt, im andern Fall aber die tutela legitima eintritt, iſt nicht in den Geſetzen, und ſo viel ich weiß, auch von keinem Rechtsgelehrten angezeigt. Ich glaube, daß er darinn liegt: im erſten Fall (ſi tutor deficit concurrente magiſtratu) erfuhr der römiſche Magiſtratus den Abgang des teſtamentariſchen Tutors; er mußte daher einen andern beſtellen, und zwar den tüchtigſten, nicht nothwendig den nächſten Verwandten; weil dieſen der Vater nicht zum Vormund beſtellt, und dadurch ſchon einigermaſſen verdächtig gemacht hatte. Im zweyten Fall aber (ſi tutor teſtamentarius deficit non interveniente magiſtratu) kommt der nächſte Verwandte zur Tutel. Dann die römiſche Magiſtratus hatten einen ungeheuer großen Jurisdictionsbezirk, und erfuhren daher einen ſolchen Abgang des teſtamentariſchen Tutors gar ſelten.

(1) *L. 9. L. 16. p. D. de teſtam. tut.*

(2) *Vinnius* ad §. 1. I. de Attil. tut. Aber wann nun der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft ausſchlägt, wer erhält alsdann die Tutel? *Mynſinger* ad §. 1. Inſt. de Attil. tut. verb. deſinebat eſſe tutor. glaubt, der teſtamentariſche bekomme ſie. Allein *Kittersh.* in comment. ad tit. de Attil. tutore p. 107. behauptet, ſie falle dem geſetzlichen zu. Da ein Vormund, der in einem andern ungültigen Teſtamente (rupto, aut imperfecto teſtamento) vom Vater ernennt iſt, die Vormundſchaft, wiewohl nach vorhergehender Beſtätigung der Obrigkeit, erhält; ſo ſollte man eben dieſes auch im gegenwärtigen Fall behaupten. Ich ſehe aber freylich nicht ein, wozu es bey dieſen Umſtänden nöthig war, daß man während der Zeit, als die Erbſchaft noch nicht angetretten war, (iacente hereditate)

ditate) einen Dativtutor beſtellte. Dann die Erbſchaft mochte angetretten werden, oder nicht, ſo kam doch allezeit der teſtamentariſche Tutor zur Tutel.

(3) *Dan. Frid. Hoheiſel* in ſched. de tutore in locum teſtamentarii defuncti a magiſtratu dando, Hal. 1736. meynt Ulpian und Paulus, welche dieſen Satz in L. 11. de teſtam. tut. und L. 6. de legit. tut. behaupten, hätten ſich geirret. Seltſam, daß Hoheiſel dieſe Sache beſſer weiß, als Ulpian und Paulus.

§. 180. Deutſches Recht.

In Deutſchland ſollen nach der Vorſchrift der beyden angeführten Policeyordnungen alle Vormünder von der Obrigkeit beſtättiget werden. Alſo, wenn gleich ein Vormund im Teſtament von dem Vater auf die gültigſte Weiſe beſtellt iſt, ſo muß er dennoch die obrigkeitliche Beſtättigung ſuchen. Man ſchließe aber daraus nicht, wie einige gethan haben, daß heutiges Tages aller Unterſchied zwiſchen vollkommen und unvollkommen teſtamentariſchen Vormündern wegfalle, und der gegenwärtige Titel keinen practiſchen Nutzen mehr habe. Dieſe Folge wäre irrig, und ich will ſie am Ende des folgenden Titels widerlegen.

Tit. XV.

De legitima agnatorum tutela.

§. 181. Fälle, wo die geſetzliche Tutel eintritt.

Wann a) kein Tutor vom Vater im Teſtament ernennt, oder b) der Ernennte ganz unfähig, oder c) ſo unbeſtimmt bezeichnet iſt, daß man nicht weiß, wer gemeint ſey, oder d) ohne Concurrenz der Obrigkeit (§. 170. III.) abgehet: ſo kommen gewiſſe Perſonen zur Tutel, welche die Geſetze ſelbſt dazu rufen, und dieſe heißen *tutores legitimi*, geſetzliche Vormünder.

§. 182. Was iſt die geſetzliche Tutel?

Geſetzliche Tutel, *tutela legitima*, im weitläuftigen Verſtande heißt jede Tutel, die von den Geſetzen gewiſſen Perſonen unmittelbar übertragen wird. Sie iſt zweyerley. Entweder gründet ſie ſich in den Geſetzen der zwölf Tafeln, oder iſt durch die Gewohnheit eingeführt. Von der letzten Art iſt die *tutela fiduciaria*, welche im 19ten Titel beſchrieben wird. Die erſte iſt in den Geſetzen der 12 Tafeln entweder ausdrücklich, oder nur verſteckt *(implicite)* gegründet. Ausdrücklich enthalten dieſe Geſetze die *tutelam agnatorum*; verſteckt die *tutelam patronorum* und *parentum*. (*[1])

Die

Die Anmerkung enthält noch eine weitere Aufklärung dieſer Materie in folgenden Sätzen: 1) die Geſetze der 12 Tafeln riefen die Agnaten und **Gentilen** mit deutlichen Worten **zur** Erbſchaft und zur Tutel. In der fünften Tafel heißt es: ſi pater familias inteſtato moritur, cui impubes ſuus heres eſcit, agnatus proximus tutelam nancitor. 2) Dieſe Geſetze riefen auch den **Patron und ſeine Kinder zur Erbſchaft des Freygelaſſenen.** Die 5te Tafel ſagt: ſi libertus inteſtato moritur, cui ſuus heres nec eſcit, aſt patronus patronive liberi eſcint: ex ea familia (nemlich des Freygelaſſenen) in eam familiam (des Patrons) proximo pecunia aduitor, (das Vermögen ſoll ihm heimfallen.) Von der Vormundſchaft des Patrons über den Freygelaſſenen, ſagen dieſe Geſetze nichts. Weil aber die Juriſten die Regel feſtgeſetzt hatten: **wer Erbe eines Menſchen iſt, muß auch nach den Geſetzen die Vormundſchaft über ihn übernehmen,** ſo ſchloſſen ſie ferner, daß nach dem Sinn des Geſetzes der Patron Vormund über den unmündigen Freygelaſſenen ſeyn müſſe, und nennten daher dieſe Tutel auch eine **geſetzliche.** 3) Die Tutel eines **Vaters über ſeine unmündige emancipirte Kinder** kam ebenfalls in den Geſetzen der 12 Tafeln nicht vor. Indeſſen führten ſie die Juriſten ein, weil man den Vater als Patron des emancipirten Kindes betrachtete, und ſie wurde durch die Obſervanz angenommen. Man nennte ſie tutelam fiduciariam von dem pacto fiduciae, welches bey der alten Emancipation geſchloſſen wurde. (§. 159.) 4) Die Rechtsgelehrten brachten auch den Satz auf: wann ein Vater, welcher über ſein emancipirtes Kind die Tutel geführt hat, vor deren Endigung ſtirbt, ſo ſollen die nicht emancipirte Söhne des Vaters die Tutel continuiren; und auch dieſe wurde fiduciaria genennt, weil ſie eine Fortſetzung der eigentlichen fiduciariſchen war. 5) Als durch neuere Geſetze dem Vater ein Succeſſionsrecht in dem Vermögen ſeiner Kinder gegeben wurde: ſo rechneten nun die Juriſten des Vaters Vormundſchaft über dergleichen Kinder unter die **geſetzlichen.** Denn nun trat die Regel bey dem Vater ein: wer erbt, muß auch nach den Geſetzen Vormund werden. Hingegen 6) bekamen die nicht emancipirte Söhne des Vaters kein Erbrecht in dem Vermögen des emancipirten Kindes; daher wurde auch ihre Tutel nie legitima genennt, ſondern behielt den Namen fiduciaria.

(1) Einige Juriſten, z. E. *Io. Faber* ad tit. I. de legit. patronor. tut. n. 1. und *Stryk* uſ. mod. P. tit. de legit. tutor. behaupten, daß auch die pupillariter ſubſtituti zu den legitimis tutoribus gehörten; aber ohne Grund. S. *Car. Frid. Walch* diſſ. (ſub praeſid. Buderi. Ien. 1753.) de tutela extraneor. legitima, §. 9. 10.

§. 183. Von der Vormundſchaft der Agnaten und Gentilen.

Die geſetzliche Vormünder ſind nach den 12 Tafelgeſetzen Agnaten und **Gentilen.** Sie ſind, wenn jemand ohne Teſtament ſtirbt, ſeine Erben, und

X müſſen

müſſen daher auch Vormünder werden. Dann die Römer ſahen die Vormundſchaft als eine große Laſt an, und hielten es daher für billig, daß der, welcher die Hoffnung zur Erbſchaft hat, auch die Vormundſchaft übernehme. Sind mehrere Agnaten vorhanden, ſo geht der nähere im Grad dem entfernteren vor; und ſind ſie im gleichen Grad, ſo bekommen ſie alle zuſammen die Tutel. Die Cognaten erben nach den Geſetzen der 12 Tafeln nicht, daher waren ſie auch nicht ſchuldig, Vormünder zu werden.

§. 184. Juſtinians Verordnung darüber.

Juſtinian aber hat in der Inteſtaterbfolge den Unterſchied zwiſchen Agnaten und Cognaten aufgehoben. Ein jeder Verwandter, er ſey Agnat, oder Cognat, hat ein Erbrecht. Daher müſſen auch die nächſte Cognaten die Vormundſchaft übernehmen, ſo gut, als die Agnaten. Sogar die Mutter und Grosmutter gelangen dazu; gegen die Regel, vermöge der die Weibsperſonen von der Tutel ausgeſchloſſen ſind; und werden den entfernteren Verwandten vorgezogen. Wann der nächſte Verwandte zur Zeit, da ihm die Tutel zufällt, noch minorenn iſt, ſo übernimmt ſie einsweilen der entferntere (* 1) ſo lange, bis jener majorenn wird.

(1) L. 9. §. 1. de tutel. et ration. *Leyſer* ſp. 331. cor. 6. p. 480.

§. 185. Deutſches Recht.

Ein geſetzlicher Vormund bedarf nach römiſchem Recht keiner Beſtätigung. Nach deutſchen Geſetzen aber haben alle Vormünder, alſo auch die geſetzlichen, die obrigkeitliche Beſtätigun g nöthig. Thomaſius (* 1) und Ludewig (* 2) wollen daraus den Schluß ziehen, daß alle Vormünder in Deutſchland dativi tutores ſeyen, und daß der ganze Unterſchied zwiſchen einem teſtamentariſchen, geſetzlichen und gegebenen Vormund wegfalle. Aber dieſer Schluß iſt übereilt. Wann er richtig wäre, ſo könnte die Obrigkeit den teſtamentariſchen und geſetzlichen Vormund nach Gefallen übergehen und einen andern beſtellen: dieſes geht aber nicht an. Die Obrigkeit muß hinlänglichen Grund haben, wann ſie dem teſtamentlichen oder geſetzlichen Vormund die Beſtätigung verſagen will. (* 3) Die obrigkeitliche Beſtätigung iſt auch den vollkommen teſtamentariſchen, und geſetzlichen Vormündern blos dazu nöthig, daß ſie die Vormundſchaft führen können; ihr Recht dazu entſteht aus dem Teſtament, oder aus den Geſetzen. Es iſt daher noch heutiges Tages ein großer Unterſchied zwiſchen der Beſtätigung, welche ein unvollkommen teſtamentlicher, und derjenigen, die ein vollkommen teſtamentariſcher oder geſetzlicher Vormund erhält, wie in den Pandecten gezeigt wird. (* 4)

(1) Not. ad Inſt. p. 74. ad pand. p. 247.

(2) Diſſ. de diff. I. R. et G. in tutelis teſtament. et legit. diff. 12. lit. tt. In opuſc. miſcell.

miſcell. Tom. 2. p. 1107. Idem in diſſ. de differ. I. R. et Germ. in tutela *Atiliana* diff. 2. in opuſc. pag. 1166.

(3) *Puſendorf* Tom. I. obſ. 50.

(4) *Ayrer* diſſ. de differentiis iuris romani et Lubecenſis in confirmandis tutoribus §. 13. ſqq. doch ſehe man auch *Kortholt* diſſ. de differentiis iuris romani et Heilbronnenſis in tutel. §. 11. ſqq.

§. 186. Uebergang zum folgenden Titel.

Das Agnationsrecht gieng durch die Capitisdeminution verlohren; dieſe machte daher auch nach altem römiſchen Recht der geſetzlichen Tutel ein Ende. Wann nemlich ein Agnat geſetzlicher Vormund war, und Capitisdeminution erlitt: ſo hörte ſeine Vormundſchaft auf, und dies iſt die Urſache, warum die Verfertiger der Inſtitutionen hier die Lehre von der Capitisdeminution einſchieben.

Tit. XVI.

De capitis deminutione.

§. 187. Was iſt capitis deminutio?

Caput heißt bey den Römern unter andern **der bürgerliche Zuſtand**, (ſtatus civilis;) das heißt der Zuſtand der Freyheit, des Bürgerrechts und der Familie. Caput liberum heißt ein Menſch, der ſein eigner Herr iſt. Capite Cenſus einer, der nicht ſo viel Vermögen hat, daß es der Mühe werth wäre, es in die öffentliche Volksliſten oder Schatzungstafeln (tabulas cenſuales) zu bringen, deſſen Namen alſo allein, ohne Vermögen, in dieſe Tabellen eingetragen wird. Die Sklaven hießen capite deſtituti; dann ſie hatten keinen bürgerlichen Zuſtand; poena capitalis bedeutet nicht blos eine Lebensſtrafe, ſondern auch die Beraubung der Freyheit oder des Bürgerrechtes; iudicium capitale nicht blos ein Proceß, der auf Leib und Leben geht, ſondern auch einer, bey dem Freyheit oder Bürgerrecht auf dem Spiele ſteht. *Capitis deminutio* iſt alſo ein **Verluſt des bürgerlichen Zuſtandes**. Dieſe Definition halte ich für richtiger, als die legaliſche: capitis deminutio eſt ſtatus prioris mutatio. Dann nicht jede Veränderung des bürgerlichen Zuſtandes iſt eine capitis deminutio. Z. E. wann der Vater ſtirbt, ſo leidet der Sohn eine Veränderung ſeines Zuſtandes, aber keine Capitisdeminution (* 1)

(1) *Wieſand* opuſc. p. 16. ſqq.

§. 188. Eintheilung derſelben.

Sie iſt dreyerley, die gröſte, mittlere und **geringſte**. Die gröſte beſteht in dem Verluſt der Freyheit, die mittlere in dem Verluſt des Bürger-

 rechts,

rechts, und die geringſte in dem Verluſt der Familienrechte, wann jemand aufhört, ein Mitglied einer Familie zu ſeyn, und die davon abhängende Rechte verliert. Die größte oder mittlere Capitisdeminution wird ein **bürgerlicher Tod** genennt, weil einer, der ſie leidet, aufhört, eine **Perſon** im Staate zu ſeyn.

§. 189. Von der größten Capitisdeminution.

Die größte Capitisdeminution leiden alſo die, welche in die Sklaverey fallen. Dies konnte bey den Römern geſchehen a) durch die Kriegsgefangenſchaft; b) wann ſich einer, um den Käufer zu betriegen, als Sklaven verkaufen ließ; c) wann ſich ein Freygelaſſener undankbar gegen ſeinen Patron bezeugte; d) wann einer ein Verbrechen begieng, worauf die Todesſtrafe ſtand. Oben im 68ten §. iſt dies weiter erklärt.

§. 190. Von den mittleren.

Die mittlere Capitisdeminution leiden 1) die, welche ins Exilium geſchickt wurden. Von Auguſts Zeiten an brachte man die Exilirten auf gewiſſe Inſeln, ſie hießen daher *deportati*. (*[1]) 2) Die transfugae, oder Bürger, welche aus feindſeligen verrätheriſchen Abſichten ihr Vaterland verließen. 3) Bürger, welche für Feinde des Staates erklärt wurden. Hingegen die bloße **Relegation** war keine Capitisdeminution. Ein relegatus verlohr das Recht, ſich in Rom oder in einer gewiſſen Provinz aufzuhalten, er behielt aber ſein Bürgerrecht.

(1) *Herm. Cannegieſer* obſ. iur. rom. lib. 1. cap. 8. 9.

§. 191. Von den geringſten.

Endlich die geringſte Capitisdeminution leidet einer, 1) der ſich **arrogiren** läßt. Denn er hört auf, ein pater familias zu ſeyn, geht aus der Familie, zu der er vorher gehörte, und kommt in eine andere, in des Arrogators ſeine. Aber auch 2) wann ſich mein Vater **arrogiren** läßt, ſo leide ich eine Capitisdeminution. Dann ich gehöre nun auch nicht mehr zu der Familie, deren Mitglied ich zuvor war, und habe alſo in ihr die Familienrechte nicht mehr. 3) Die **Adoptirten** leiden eine Capitisdeminution, und zwar nach altem römiſchen Recht ohne Unterſchied, nach Juſtinianeiſchen Geſetzen aber nur die **vollkommen adoptirte**. 4) Die **Legitimirte**, denn ſie hören auf ſui iuris zu ſeyn. 5) Die **Emancipirte**, da ſie ebenfalls Familienrechte, das ius agnationis und ſui heredis verliehren. Es fragt ſich nur a) gilt dieſes blos bey der alten Emancipation, und fällt es bey der Anaſtaſianiſchen und Juſtinianeiſchen weg? b) Kann man nach dem neueſten römiſchen Recht, nach dem Recht der Novellen die Emancipation noch als eine Capitisdeminution betrachten? Die erſte Frage bejahet **Huber** (*[1]) und **Franzkius**. (*[2])

Aber

Aber Vinnius (*[3]) behauptet mit Recht das Gegentheil, daß nemlich auch die Anaſtaſianiſche und Juſtinianeiſche Emancipation eine Capitisdeminution involvirt habe. Die zweyte Frage iſt ebenfalls ſtreitig. Unſer Autor ſagt mit andern, nach dem Recht der Novellen verliehren die Emancipirte keine Familienrechte mehr, alſo leiden ſie auch keine Capitisdeminution. Aber Cocceji (*[4]) Schulting (*[5]) Heimburg (*[6]) und Conradi (*[7]) antworten darauf ganz richtig, die Emancipirte verliehren das ius ſui heredis; (§. 538.) und wenn ſie im Teſtamente des Vaters übergangen werden, ſo können ſie es nicht als null impugniren, (§. 529.) ſie leiden alſo allerdings noch eine Art von Capitisdeminution.

(1) Digreſſ. lib. 3. cap. 6. §. 3. ſqq.
(2) Exercit. 3. Q. 3.
(3) h. t. §. 3.
(4) Ius controv. tit. de cap. demin. Qu. 2.
(5) Ad tit. pand. de adopt. §. 19.
(6) Difficillima emancipat. capita §. 37.
(7) De minima cap. deminut. in parerg. lib. 2. p. 193.

§. 192. Deutſches Recht.

Die gröſte Capitisdeminution fällt bey uns weg. Dann ob wir gleich Sklaven haben, die aus andern Welttheilen zu uns gebracht werden, ſo giebt es doch keinen Fall, wo ein freyer Menſch bey uns zum Sklaven würde. Geſetzt auch, jemand fiele in die türkiſche, oder algieriſche Sklaverey: ſo ſehen wir doch dieſe Sklaverey nicht für rechtmäſig, und ihn nicht als einen Sklaven an. Eine Art von mittlerer Capitisdeminution aber haben wir noch. Dahin gehört 1) die Reichsacht, proſcriptio, bannum imperii. Durch ſie wird ein abweſender Verbrecher aller ſeiner Rechte, die er als Mitglied der bürgerlichen Geſellſchaft hatte, ſeiner Ehren, Aemter, Güter, Lehen, und des Schutzes für ſeine Perſon verluſtig erklärt. Indeſſen iſt ſie härter, als die Capitisdeminution, dann ein ſolcher Geächteter iſt vogelfrey; jedermann kann ihn ungeſtraft tödten; dieſe Folge hatte die mittlere Capitisdeminution bey den Römern nicht. Eine Aehnlichkeit mit der mittleren Capitisdeminution hat auch 2) die Landesverweiſung durch Staupenſchlag, und 3) die Verurtheilung auf die Galeeren, wann ſie mit Confiſcation des Vermögens verbunden ſind. Doch gehen ſie auch von der römiſchen mittlern Capitisdeminution in ihren Wirkungen ab, weil die Fremden heutigestages mehr Rechte haben, als bey den Römern; (§. 91.) folglich die Beraubung des Bürgerrechtes weniger ſchädlich iſt. Die geringſte Capitisdeminution findet bey uns noch völlig ſo, wie im neuern römiſchen Recht ſtatt.

TIT. XVII.

De legitima patronorum tutela.

§. 193. Was iſt die geſetzliche Vormundſchaft der Patronen.

Wann ich einen Sklaven frey laſſe, ſo heiſſe ich ſein Patron. War dieſer Sklave noch unmündig, ſo mußte ich über ihn die Vormundſchaft übernehmen, und dieſe hieß *legitima patronorum tutela*.

TIT. XVIII.

De legitima parentum tutela.

§. 194. Was iſt die geſetzliche Vormundſchaft der Eltern.

Wer ein unmündiges Kind oder Enkel emancipiret, muß die Vormundſchaft über es führen. Dann er wurde nach dem alten römiſchen Rechte als Patron, und das Kind oder Enkel als Freygelaſſener angeſehen. Dieß iſt die *legitima parentum tutela*.

Alſo der Vater und Grosvater führten dieſe Tutel nicht als nächſte Agnaten, dann das ius agnationis gieng durch die Emancipation verlohren, ſondern als Patronen. Nachdem Juſtinian aber den Cognaten auch ein Erbrecht gegeben, und verordnet hat, daß die Emancipation das Erbrecht nicht aufheben ſoll, ſo wird der Vater und Grosvater Vormund über das emancipirte Kind als nächſter Verwandter.

§. 195. Heutiger Gebrauch.

Heutigestages wird ſich der Fall ſchwerlich zutragen, daß ein Vater ſein unmündiges Kind emancipirt. Geſetzt aber, daß er ſich zutrüge, ſo würde der Vater ſo gut, wie bey den Römern Vormund über das Kind werden (* 1).

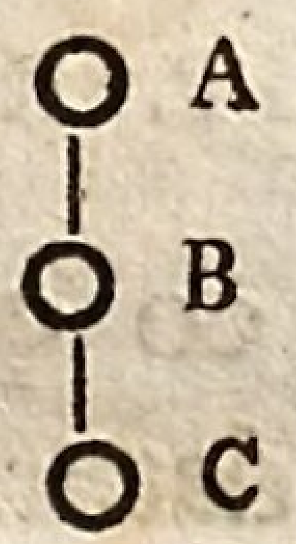
(1) *Stryk* uſ. mod. Pand. tit. de legit. tut. §. 3.

TIT. XIX.

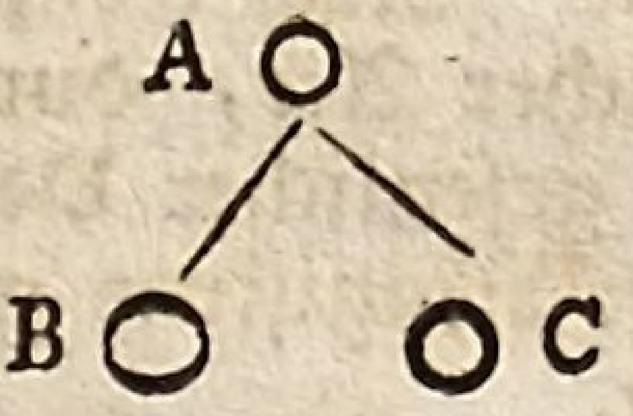
De fiduciaria tutela.

§. 196. Erklärung der fiduciariſchen Tutel.

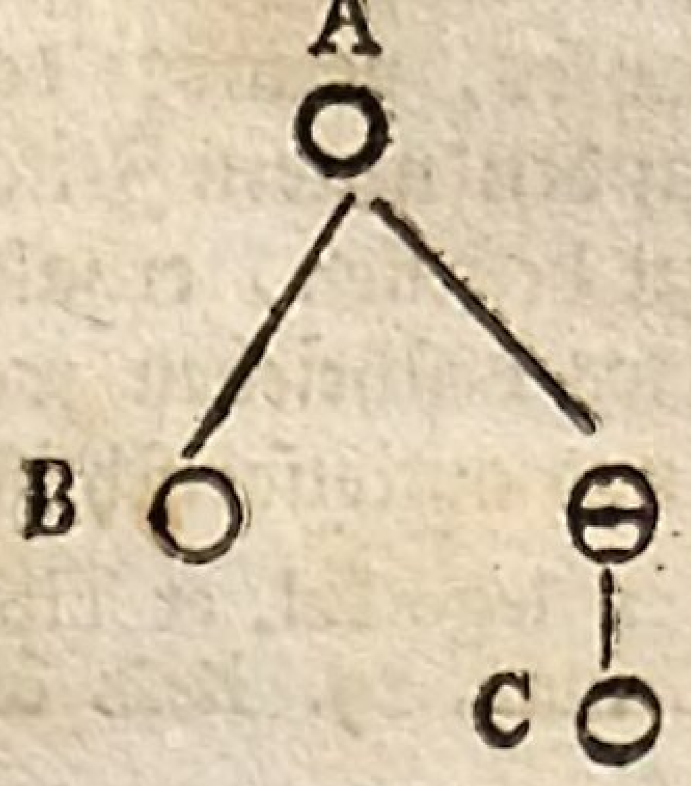
Wenn der Vater oder Grosvater die Tutel über ſeine emancipirte unmündige Kinder oder Enkel geführt hat, aber vor deren Beendigung geſtorben iſt: ſo müſſen ſeine grosjährige Söhne ſie fortſetzen, und darin beſteht die *fiduciaria tutela*. Sie kann alſo 1) vom Vater, 2) vom Bruder und 3) vom Oheim geführt werden. **Vom Vater**; man denke ſich dieſen Fall:



A hat ſeinen Sohn B in ſeiner Gewalt behalten, ſeinen Enkel C aber emancipirt, und die Vormundſchaft über ihn geführt. Ehe der Enkel mündig wird, ſtirbt der Grosvater. Jetzt muß B über ſeinen Sohn C die fiduciariſche Tutel übernehmen. **Vom Bruder.**



A hat 2 Söhne B und C; der letzte iſt unmündig. A emancipirt den unmündigen Sohn, und wird ſein Vormund, ſtirbt aber vor geendigter Tutel. Hier übernimmt der Bruder B, wann er anders majorenn iſt, die fiduciariſche Vormundſchaft. Endlich **vom Oheim.**



A emancipirt den unmündigen Enkel C, und wird Vormund über ihn, geht aber während der Vormundſchaft mit Tode ab. In dieſem Fall wird der Oheim des Unmündigen, der B, fiduciariſcher Tutor. Nach dem neuen römiſchen Recht bekommen zwar der Vater, Bruder und Oheim in den angeführten Fällen die Vormundſchaft, aber nicht als Söhne des emancipirenden Vaters und Patrons, ſondern als die nächſte Verwandte; und ſo iſt es auch heutigestages, wiewohl ſich der Fall, daß jemand ein unmündiges Kind emancipirt, ſchwerlich ereignen wird, wie ich ſchon bey dem vorigen Titel bemerkt habe.

TIT. XX.

De Attiliano tutore & eo qui ex lege Iulia & Titia datur.

§. 197. Erklärung der Dativ-Tutel.

Die Tutel iſt entweder teſtamentariſche, oder geſetzliche, oder dative, das heiſt, von der Obrigkeit beſtellte. Von der letzten wird im gegenwärtigen Titel gehandelt. Nach römiſchem Recht war die Beſtellung eines Vormundes ein feyerlicher Act, durch welchen, im Fall, wo kein teſtamentariſcher oder geſetzlicher Vormund vorhanden war, ein Vormund von demjenigen Magiſtrat gegeben wurde, den die Geſetze dazu autoriſirt hatten.

§. 198. Welche Obrigkeiten konnten Vormünder geben?

Alſo nur die Magiſtratsperſonen konnten einen Vormund geben, welche von den Geſetzen dazu berechtigt worden waren. Dergleichen waren, vermöge des Attiliſchen Geſetzes, in Rom der Prätor Urbanus. Doch konnte er es nicht für ſich thun, ſondern mußte wenigſtens ſechs Volkstribunen dazu ziehen. In den Provinzen war es, vermöge der legis Iuliae et Titiae, der Präſes oder Gouverneur. In den neuern Zeiten haben noch mehrere Obrigkeiten das Recht Vormünder zu beſtellen, erhalten, welche in dem 3. 4. und 5. §. des Juſtinianeiſchen Textes beſchrieben werden, die ich aber übergehe, weil die Sache blos hiſtoriſch und antiquariſch iſt (*1).

(1) *Marche* diſſ. de tutoribus ex lege Iul. et Titia datis, Lipſ. 1736. in *Fellenberg* iurispr. antiq. tom. 2. num. 19. *Reiz* excurſ. XII. ad Theoph.

§. 199. In welchen Fällen tritt die Dativ-Tutel ein?

Die Dativtutel iſt blos ſubſidiariſch. Sie hat alſo nur ſtatt 1) wann gar kein teſtamentariſcher oder geſetzlicher Vormund vorhanden iſt; 2) wann der teſtamentariſche Vormund wegen eines Hinderniſſes die Tutel nicht ſogleich antreten kann; (§. 179.) 3) wann der teſtamentariſche Vormund durch Mitwirkung der Obrigkeit wegfällt, das heiſt, ſich excuſirt oder removirt wird.

§. 200. Wie beſtellt die Obrigkeit den Vormund?

Die Obrigkeit konnte 1) keinen Vormund ernennen, daß er erſt nach einer gewiſſen Zeit ſein Amt antreten ſollte; (ex die), oder, daß er 2) nur eine gewiſſe Zeitlang Vormund ſeyn ſollte; (in diem) den Fall ausgenommen, wann der teſtamentariſche Vormund verhindert wurde, ſogleich ſein Amt anzutreten. Dann in dieſem Fall konnte der Magiſtratus einen Vormund geben, der ſo lange, bis das Hinderniß wegfiel, die Tutel führte. 3) Die Obrigkeit kann auch keinen Vormund unter einer Bedingung geben; ausgenommen, wann der Vater im Teſtament einen Vormund bedingter Weiſe beſtellt hat, und man noch nicht weiß, ob dieſe Bedingung zur Erfüllung kommen wird. Denn in dieſem Fall beſtellt der Richter einsweilen einen andern, der alſo nur bis zur Erfüllung jener Bedingung, und folglich wirklich auch bedingter Weiſe (ſub conditione reſolutiva) beſtellt iſt.

Der Grund dieſer Regeln iſt nach der gemeinen Meynung der, daß die tutoris datio ein *actus legitimus*, eine feyerliche Handlung geweſen ſey, dergleichen Handlungen aber die Beyfügung einer Zeit und Bedingung nicht vertrügen. Allein ich halte dieß für irrig, man ſ. die am Ende angehängte Abhandlung von den legis actionibus und actibus legitimis. Die Urſache liegt vielmehr in dem Weſen der Tutel. Eine Vormundſchaft, wann ſie beträchtlich iſt, erfordert Kenntniſſe, die man ſich erſt durch Erfahrung erwirbt, und zwar nicht allein allgemeine ökonomiſche Kenntniſſe, ſondern auch oft beſondere, die ſich auf das Vermögen dieſes Pupillen beziehen. Ein neuer Vormund muß, und zwar oft mit dem Schaden des Pupillen lernen, was der vorige ſchon wußte. Daher muß die Obrigkeit Veränderungen mit der Perſon des Vormundes vermeiden, ſo lang die Noth dergleichen nicht erfordert. Es würde aber Veränderungen geben, wann man einen Vormund in diem, ex die, oder unter einer Bedingung beſtellen wollte. Bey den Römern trat noch hinzu, daß die Jurisdictionsbezirke ihrer Magiſtratsperſonen ſehr weitläuftig waren, und ſich um das Vormundsweſen und die einzelne Vormundſchaften ſo genau nicht bekümmern konnte, als bey uns. Deſto

mehr Urſache hatte er, die Vormünder ſo zu beſtellen, daß ſie ihr Amt behalten konnten und mußten, bis der Pupill mündig war.

§. 201. Deutſches Recht.

Heutigestages iſt 1) das Recht Vormünder zu beſtellen, ein Ausfluß der ordentlichen Jurisdiction; das heiſt, jeder, wer Jurisdiction hat, kann Vormünder beſtellen; wann nicht etwa in einem Land ein beſonderes Waysengericht, oder Vormundſchaftsamt beſtellt iſt. Cocceji (*1) leugnet zwar, daß die Vormundſchaftsbeſtellung heutigestages eine Folge der Jurisdiction ſey, aber ohne allen Grund. 2) Kann die Obrigkeit den teſtamentariſchen und geſetzlichen Tutor, wann er ſich um die Beſtätigung meldet, übergehen, und einen Dativtutor beſtellen. Nur müſſen dazu wichtige Urſachen vorhanden ſeyn; ſonſt kann der verworfene teſtamentariſche und geſetzliche Vormund im Wege Rechtens Klage führen. 3) Auch noch heutigestages wird die Obrigkeit keinen Vormund auf eine Zeit, nach einer Zeit, oder unter einer Bedingung beſtellen; es wären dann dringende Urſachen vorhanden. Dann die Raiſon dieſer Verordnung ſchlägt bey uns ſo gut als zu der Römer Zeiten an.

(1) Ius controv. lib. 26. Tit. 5. Qu. 2.

TIT. XXI.

De auctoritate tutorum.

§. 202. Pflichten des Vormundes bey Uebernehmung ſeines Amtes.

Der Vormund hat Pflichten zu beobachten bey Uebernehmung der Vormundſchaft, und Pflichten bey deren Führung. Bey der Uebernehmung muß er ſich 1) beeidigen laſſen. Die Nov. 72. cap. ult. ſchreibt dieſes zwar nur bey den Curatoren der Minderjährigen vor; aber die Polizeyordnung vom Jahr 1548. und 1577. verordnen es auch bey den Tutoren. Dieſer Eyd gehet dahin: der Vormund wolle ſeinen Pflegkindern treulich und ehrlich vorſtehen; die Güter nicht in ſeinen eignen Nutzen verwenden, und ohne Vorwiſſen der Obrigkeit nicht veräuſſern, oder verpfänden; jährlich Rechnung ablegen; kurz alles thun, was einem getreuen Vormunde zukommt. An manchen Orten wird ſtatt des Eides dem Vormunde nur ein Handgelöbniß abgenommen. 2) Muß der Vormund Caution leiſten, daß er gut

haushalten,

haushalten, und dem Pflegbefohlnen ſein Vermögen dereinſt ungeſchmälert zurückgeben wolle. Von dieſer Cautionsleiſtung waren nach römiſchem Rechte die teſtamentariſche Vormünder frey, deßgleichen die, welche ein höherer Magiſtratus, nach vorhergegangener Unterſuchung ihrer Tüchtigkeit, gegeben hatte. Aber in Deutſchland ſollen nach den Polizeyordnungen alle Vormünder Caution leiſten. Man ſehe den 24. Titel dieſes Buches. Iſt die Beeidigung und Cautionsleiſtung geſchehen, ſo bekommt der Vormund ein obrigkeitliches Zeugniß über ſeine Vormundsbeſtellung. Nun muß er ein **Inventarium** über das Vermögen des Pupillen errichten laſſen, das heiſt ein Verzeichniß aller beweglichen und unbeweglichen Güter, Capitalien, Rechte, Paſſivſchulden ꝛc. und zwar ein ſolches, **das öffentliches Anſehen hat;** das alſo entweder von einem gerichtlichen Actuarius, oder einem Notarius mit Zuziehung zweyer Zeugen errichtet iſt (* 1). Dann dieſes iſt die Grundlage der vormundſchaftlichen Rechnungen; ohne Inventarium weiß man nicht, was der Vormund zur Einnahme zu bringen hat.

(1) Struben rechtl. Bed. 1. Th. 188. S.

§. 203. Vormundspflichten nach übernommener Tutel, in Anſehung des Pupillen Perſon.

Nach übernommener Vormundſchaft muß der Vormund 1) für die **Perſon** des Pupillen ſorgen; 2) deſſen **Vermögen** gehörig verwalten. Die Sorge für die Perſon faßt zwey Stücke in ſich, a) daß er dem Pupillen die nöthige Alimente, Eſſen, Trinken, Kleidung reiche; b) ſeine Sitten bilde, und ihn c) eine nützliche Profeſſion, Kunſt oder Wiſſenſchaft lernen laſſe.

§. 204. In Rückſicht auf das Vermögen.

Die Verwaltung des Vermögens beſteht in deſſen kluger **Erhaltung,** und wann es möglich iſt, **Vermehrung.** Um dieſe Zwecke zu erreichen, muß der Vormund 1) die Einkünfte des Pupillen fleiſig eintreiben, und ſorgen, daß der Pupill allen Nutzen von ſeinem Vermögen ziehe, der ſich davon ziehen läßt. 2) Er muß die Proceſſe des Pupillen führen; nemlich ſolche, worin dieſer nicht offenbar Unrecht hat. 3) Wo es nöthig oder nützlich iſt, Güterſtücke des Pupillen veräuſſern; doch darf er **liegende** Güter nur aus **Noth,** nicht des bloſen **Nutzens** wegen veräuſſern; L. 5. §. 14. D. de reb. eor. und dieſe Verordnung wird billig, wo ſie nicht durch Provinzialgeſetze aufgehoben iſt, noch heutzutage befolgt (* 1). 4) Soll er das Geld des Pupillen nicht müſſig liegen laſſen. Nach der Nov. 72. cap. 6. ſoll er nur ſo viel auslehnen, daß man den Pupillen von den Zinſen erhalten kann. Allein in Deutſchland haben wir in dieſem Stücke das ältere römiſche Recht angenommen, vermöge deſſen der Vormund **alle entbehrliche** Gelder auf

Zinſen auslehnen ſoll. Thut er dieſes nicht, ſo muß er ſelbſt die Zinſen davon bezahlen. 5) Die ausſtehende Schulden hat er einzutreiben. Unterläßt er es, und die Schuldner werden inſolvent, ſo muß er dafür haften. 6) Die Paſſivſchulden des Pupillen hingegen hat er zu bezahlen, und endlich 7) Rechnung abzulegen; nach dem römiſchen Recht nicht eher, als nach geendigter Tutel, heutigestages aber alle Jahre.

(1) *Eyben* de decreto in alienandis minorum rebus neceſſario th. 24. in opuſc. pag. 375. *Sande* de prohibita rerum alienatione. P. 1. cap. 1. §. 4. n. 63. in opp. pag. 9. et in deciſ. Friſ. Lib. 2. Tit. 9. Def. 14. pag. 82. *Boehmer* conſult. et Deciſ. Tom. 2. dec. 164. n. 5. *Leyſer* ſp. 344. Med. 1. Struben rechtl. Bed. 2. Band, Seite 387.

§. 205. Doppelte Art die Vormundspflichten zu erfüllen.

Der Vormund übt ſein Amt entweder **unmittelbar** aus, wann er in eigner Perſon thut, was zum Nutzen des Pupillen geſchehen muß; oder **mittelbar**, wann er den Pupillen handeln läßt, und deſſen Handlungen durch ſeine Einwilligung beſtätigt. So lange der Pupill noch ein Kind, das heiſt noch nicht ſieben Jahre alt war, that der Vormund alles ſelbſt. Wann aber der Pflegbefohlne über die Jahre der Kindheit hinaus war: ſo ließ ihn der Vormund mehrentheils Geſchäfte von Wichtigkeit ſchlieſſen, und ertheilte ſeine Einwilligung dazu. Durch dieſe Einwilligung erſetzte der Vormund den Mangel der Ueberlegung und Einſicht, (lubricum aetatis) welche bey dem Pflegbefohlnen wegen ſeiner Jugend ſtatt fand.

§. 206. Was iſt die auctoritas tutoris?

Die Einwilligung des Vormundes (auctoritas tutoris) war alſo die Handlung, wodurch der Vormund ein Geſchäfte, das der Pupill nach zurückgelegten Kinderjahren unternahm, und wodurch demſelben eine Verbindlichkeit aufgelegt wurde, beſtätigte. Unſer Autor glaubt, dieſe Einwilligung ſey bey den Römern eine feyerliche Handlung geweſen, und dieſes haben ſchon vor ihm Hottomann (* 1) Peter Faber (* 2) Sande (* 3) und andere behauptet. Aber Cujaz (* 4) leugnet es, und mir dünkt nicht ohne Grund. Dann die auctoritas tutoris wird in keinem Geſetz unter die feyerliche Handlungen gerechnet, und die ganze Hypotheſe iſt, wie ich ſogleich zeigen will, unnöthig und unſtatthaft.

(1) Quaeſt. illuſtr. 34. pag. m. 271. et 296.
(2) Semeſtr. lib. 2. cap. 24. pag. 369.
(3) Ad leg. 77. de reg. iur. in opuſc. pag. 63.
(4) Obſ. lib. 15. cap. 16.

§. 207.

§. 207. Fortſetzung.

Die auctoritas tutoris mußte 1) ſogleich nach der Schließung des Geſchäftes interponirt werden. Dann wenn der Tutor Anſtand dabey findet, ſo bleibt das Geſchäft in den Grenzen bloſſer Tractaten ſtehen, und wenn der Tutor erſt nach Monaten oder Jahren einwilliget, ſo kann der andere Contrahent mit Recht einwenden: ich habe mich ſeitdem anders beſonnen; wäre der Vormund mit dem Handel zufrieden geweſen, ſo hätte er es in Zeiten ſagen ſollen. Nimmt indeſſen der andere Contrahent die nach einiger Zeit erſt ertheilte Einwilligung des Vormundes an, ſo iſt ohne Zweifel der Handel gültig. Der Tutor muß gegenwärtig ſeyn, und darf ſeine Einwilligung nicht durch einen Brief oder Bothen ertheilen; dann auf dieſe Art kann er alles mit eigenen Augen ſehen, und beſſer verſichert ſeyn, daß der Pupill nicht vervortheilt worden iſt. 3) Muß er die Einwilligung ohne Bedingung geben. Dann wann der Pupill das Geſchäfte unbedingt geſchloſſen hat, ſo williget der andere Contrahent in keine Bedingung. Wann alſo der Tutor ſeine Auctorität nicht anderſt, als unter einer Bedingung interponiren will: ſo iſt ein Diſſenſus zwiſchen ihm und dem andern Contrahenten; es kann alſo natürlicher Weiſe das Geſchäft nicht zu Stande kommen. Hat der Pupill unter einer Bedingung contrahirt, und der Vormund williget unter dieſer Bedingung ein, oder der Contrahent läßt ſich die vom Vormund erſt nachher beygefügte Bedingung gefallen: ſo hat die Sache keinen Anſtand, und das Geſchäft iſt gültig. Hieraus ſiehet man, daß die Verordnungen des römiſchen Rechts, auctoritas tutoris interponi debet ſtatim, pure, a tutore praeſente in der Sache ſelbſt ihren Grund haben, und ſich gar wohl erklären laſſen, wenn man auch nicht annimmt, daß die auctoritas tutoris eine feyerliche Handlung geweſen ſey.

§. 208. In welchen Fällen iſt ſie nöthig.

Die Auctorität des Vormundes iſt nöthig, wenn der Pupill ein Geſchäft unternehmen will, wodurch ihm eine Verbindlichkeit auferlegt wird. Dann die Regel iſt: ein Pupill kann andern eine Verbindlichkeit auflegen, ohne daß der Tutor um ſeine Einwilligung gefragt wird; aber ſich ſelbſt kann der Pupill nicht verbindlich machen ohne des Vormundes Auctorität.

§. 209. Fortſetzung.

Ein Pupill kann daher ohne des Vormunds Auctorität ſich etwas verſprechen laſſen, (ſtipulari;) eine Schenkung annehmen; ſich eine Schuld remittiren laſſen, kurz er kann etwas umſonſt (titulo lucrativo) erwerben. Hingegen kann er nichts verſprechen, verſchenken, erlaſſen, übergeben, veräuſſern ohne des Vormundes Einwilligung. Auch keine Erbſchaft kann er ohne dieſel-

be antreten. Dann wer eine Erbſchaft antritt, iſt verbunden alle Schulden zu bezahlen, wann ſie auch das Vermögen überſteigen.

Die Anmerkung ſagt, es giebt Fälle, wo der Pupill auch ohne des Vormundes Einwilligung verbunden wird; wann nemlich die Verbindlichkeit aus der Sache ſelbſt (ex re) entſteht. Dahin gehört a) wann ſie aus einem Verbrechen, oder b) aus der Billigkeit erwächſt, weil jemand das Beſte des Pupillen befördert hat, und es daher billig iſt, daß ihn der Pupill entſchädige. Wenn mich alſo der Pupill beſtohlen, mir meine Sachen verdorben hat u. dgl. ſo kann ich aus ſeinem Vermögen meine Schadenserſetzung fordern; obgleich der Vormund in die unerlaubte Handlung des Pupillen nicht gewilliget hat. Desgleichen wenn jemand während der Abweſenheit des Vormundes ohne deſſen Auftrag ſich des Pupillen angenommen, und dringende Auslagen für ihn gethan hätte, ſo würde der Pupill zur Entſchädigung verbunden ſeyn. Oder wenn der Pupill ein Haus gemeinſchaftlich mit einem Majorennen hätte, und dieſer nöthige Reparaturen darinn machte, ſo würde der Pupill die Koſten zu ſeinem Antheil erſetzen müſſen. 2) Wann der Pupill ohne des Tutors Einwilligung einen Contract ſchließt: ſo **hinkt** derſelbe, er hat einen lahmen und einen geſunden Fuß; auf der Seite des Pupillen iſt er ungültig, auf des andern Contrahenten Seite aber gültig; das heißt deutlich: wann der Pupill den Contract halten will, weil es ihm vortheilhaft iſt, ſo muß ihn auch der Gegentheil halten. Wann aber der Pupill den Contract nicht halten will: ſo kann er dazu nicht gezwungen werden. S. die 8. Tabelle.

§. 210. Was iſt Rechtens, wann der Vormund eingewilliget hat?

Wie aber, wenn der Tutor in ein Geſchäft des Pupillen eingewilliget hat? Jetzt iſt der Pupill verbunden, und kann aus dem Geſchäft belangt werden. Nur iſt zu bemerken, 1) daß der Pupill ſich kann in integrum reſtituiren laſſen, wann er Schaden gelitten hat. Nemlich man nehme an, der Pupill hat mit des Vormundes Einwilligung, oder der Vormund allein hat im Namen des Pupillen ein Geſchäft geſchloſſen. Nun zeigt ſichs, daß es dem Pupillen ſchädlich iſt. In dieſem Fall kann der Pupill das Geſchäft vom Richter umſtoſſen, aufheben laſſen, oder wie die Juriſten reden, reſtitutionem in integrum dagegen ſuchen. 2) Wann der Tutor etwas von den Gütern des Pupillen veräuſſern will, ſo iſt nöthig, daß er es der Obrigkeit anzeige, daß dieſe die Sache unterſuche, und die Veräuſſerung erlaube, ein *decretum alienandi*, wie es heißt, ertheile. Die Ausnahmen dieſes Satzes werden im ſiebenden Titel des zweyten Buches vorkommen.

§. 211. Ungültigkeit der Geſchäfte des Tutor mit den Pupillen.

Der Tutor darf mit dem Pupillen keinen Handel ſchließen; der Tutor ſoll nur durch ſeine Einwilligung das, was dem Pupillen an Fähigkeit

und

und Vorſicht abgeht, erſetzen; Tutor und Pupill werden daher als Eine Perſon angeſehen, und niemand kann mit ſich ſelbſt einen Handel treffen. Aber man kann noch eine viel ſimplere, und nähere Raiſon angeben. Wann der Tutor mit dem Pupillen Verträge und Geſchäfte ſchließen dürfte; ſo wäre der Pupill in der größten Gefahr vervortheilt zu werden, weil der Tutor wahrſcheinlich mehr auf ſeinen als auf des Pupillen Nutzen ſehen würde.

§. 212. Fortſetzung.

Der Vormund darf alſo dem Pupillen nichts abkaufen. Dieſe Handlung iſt in den Geſetzen ſtreng verboten. Der Vormund muß die gekaufte Sache unentgeltlich wieder herausgeben, und noch dazu den vierfachen Werth bezahlen. L. 46. D. de contrah. emt. Wann der Kauf gelten ſoll, ſo muß er, wie die Geſetze ſagen, a) *bona fide*, b) um billigen Preiß, und c) öffentlich geſchehen. Der Vormund muß die Obrigkeit um Erlaubniß bitten, die nächſte Verwandte davon benachrichtigen, oder in einer öffentlichen Verſteigerung kaufen. 2) Wann der Tutor mit dem Pupillen in Proceß geräth: ſo wird zur Führung deſſelben dem Pupillen ein Beyſtand gegeben, welcher *curator in litem* heißt.

Die Anmerkung ſagt: der Fall, daß der Pupill während der Vormundſchaft mit dem Tutor Proceß führt, iſt ſelten. Dann wann ich zum Vormund über einen Unmündigen beſtellt werde, an welchen ich eine Forderung habe, oder welcher eine an mich hat: ſo muß ich dieſelbe der Obrigkeit anzeigen, damit die Sache unterſucht und ins reine gebracht werde. Unterlaſſe ich, dieſe Anzeige zu thun, und bin ein Glaubiger, ſo verliehre ich meine Forderung; hingegen, wann ich Schuldner bin, meine Exceptionen, die ich gegen die Schuld hätte anführen können. Einige Rechtsgelehrte wollen bey dem teſtamentariſchen Tutor eine Ausnahme machen, aber ohne Grund. (*[1])

(1) Struben rechtl. Bed. T. 5. p. 14.

§. 213. Deutſches Recht.

1) Heutiges Tages muß ein teſtamentariſcher und geſetzlicher Vormund vor allen Dingen um die obrigkeitliche Beſtätigung bitten. Wann er dieſe erlangt hat, eher aber nicht, darf er ſich der Adminiſtration unterziehen, auſſer in Sachen, die keinen Aufſchub leiden. 2) Die Einwilligung des Vormundes iſt bey uns kein actus legitimus; daß aber deswegen die Verordnung des römiſchen Rechtes: auctoritas tutoris interponenda eſt ſtatim, pure, a tutore praeſente heutiges Tages wegfalle, glaube ich nicht. Dann ich glaube nicht, daß ſie aus dem Begriff eines actus legitimi gefloſſen iſt. (*[1]) Indeſſen wird die Frage ſelten vorkommen. Dann 3) der Unterſchied zwiſchen

einem

einem Pupillen, der noch ein Kind iſt, und dem, welcher die Kinderjahre zurückgelegt hat, wird in Deutſchland ſelten beobachtet. Unſere Vormünder verrichten alle vormundſchaftliche Geſchäfte ſelbſt, und nehmen den Pupillen, wann er gleich kein Kind mehr iſt, faſt nie dazu. Dies thun auch die curatores der Minderjährigen. Sie ziehen den Minderjährigen alsdann nur zu den Geſchäften, wann er der Großjährigkeit nahe iſt, und die Curatoren wünſchen, daß er von den Geſchäften und dem Zuſtand ſeines Vermögens Kenntniß bekomme.

(1) Man ſ. *Lauterbach* coll. t. h. pr. Lib. 16. Tit. 8. §. 8. und Cramers N. St. 73. Th. 160. Seite.

Tit. XXII.

Quibus modis tutela finitur.

§. 214. Allgemeiner Grundſatz in dieſer Lehre.

Der Endzweck der Tutel iſt, daß der Pupill erzogen, und ſein Vermögen ordentlich verwaltet werde. Sobald alſo dieſe Erziehung und Adminiſtration unmöglich, oder unnöthig wird, ſo hört die Tutel auf.

§. 215. Folgen daraus.

Sie hört alſo 1) auf, wann der **Vormund** oder der **Pupill ſtirbt**. Aber können die Erben des verſtorbenen Vormundes die Tutel nicht fortſetzen? Nein, denn der Vater und die Obrigkeit, wenn ſie einen Vormund ernennen, ſehen auf ſeine perſönliche Eigenſchaften, und geben ihm um deren willen die Vormundſchaft. Dieſe aber gehen nicht auf die Erben über. Auch die Geſetze, welche den nächſten Verwandten die Vormundſchaft übertragen, glauben, daß er aus Liebe zum Pupillen ſie am beſten führen werde, und als Erbe deſſelben vorzüglich zur Uebernahme dieſer Laſt verbunden ſey. Beyde Gründe paſſen aber nicht auf den Erben des geſetzlichen Tutors. Wann dieſe Erben auch Verwandte des Pupillen, und jetzt die nächſte Verwandte ſind: ſo kommen ſie zur Tutel, aber nicht als **Erben des verſtorbenen Vormundes**, ſondern **als die nächſte Verwandte**.

§. 216. Fortſetzung.

Die Tutel hört 2) auf, wenn der Pupill irgend eine; der Vormund aber die größte oder mittlere Capitisdeminution leidet. Dann wenn der Pupill die Freyheit verliehret, ins Exilium geſchickt wird, oder in die väterliche

Gewalt

Gewalt kommt, ſo bedarf er keines Vormundes mehr. Und wann der Vormund Freyheit oder Bürgerrecht verliert, ſo kann er die Vormundſchaft nicht mehr führen. Die geringſte Capitisdeminution des Vormundes hingegen macht der Tutel kein Ende. Dann wann der Tutor dieſe leidet, ſo kommt er entweder in die väterliche Gewalt, oder wird emancipirt. Weder das eine aber, noch das andere macht ihn unfähig, die Tutel fortzuführen.

§. 217. Fortſetzung.

Der dritte Umſtand, wodurch die Tutel geendiget wird, iſt die Mündigkeit des Pflegbefohlnen. Vormals wurde zwiſchen den verſchiedenen juriſtiſchen Secten, zwiſchen den Proculejanern und Caſſianern geſtritten, ob man die Mündigkeit aus den Jahren, oder aus der Beſchaffenheit des Cörpers beurtheilen ſollte. Die Proculejaner wollten auf die Jahre, die Caſſianer aber auf den Cörper, auf die Fähigkeit das Geſchlecht fortzupflanzen, Rückſicht genommen haben. Sie verlangten daher, daß man die Geburtstheile beſichtigen ſollte, wenn man wiſſen wollte, ob ein Menſch mannbar und mündig ſey. (*1) Priſcus, wie Ulpian (*2) ſagt, (man weiß nicht, ob Neratius Priſcus oder Javolenus Priſcus) behauptete, man müſſe beydes zugleich in Betrachtung ziehen. Juſtinian billigte die Lehre der Proculejaner und ſetzte feſt, daß eine Mannsperſon im 14ten, eine Weibsperſon aber im 12ten Jahre mündig werden ſollte. Doch giebt es Fälle, wo zur Mündigkeit 18 Jahre bey den Mannsperſonen, und 14 bey den Weibsperſonen erforderlich ſind. Dahin gehört 1) wann jemand adoptiren will. (§. 146.) 2) Wann einer Weibsperſon die Alimente bis zur erlangten Mündigkeit vermacht ſind. Dann in dieſem Fall bekommt ſie eine Mannsperſon bis ſie das 18te, eine Weibsperſon bis ſie das 14te Jahr zurückgelegt hat.

(1) *Bynkershoek* Lib. 3. obſ. 24. *Ianus Sylva* de Iuſtiniano et Triboniano, deque iis quae ad finiendam pubertatem ſpectant. Ticin. 1782.

(2) Fragm. tit. 11. §. 28.

§. 218. Fortſetzung.

Ein teſtamentariſcher Tutor kann auf gewiſſe Zeit, und bis zur Exiſtenz einer gewiſſen Bedingung beſtellt werden. Wann dies geſchehen iſt, und die beſtimmte Zeit iſt verfloſſen, oder die Bedingung exiſtirt, ſo hat ſein Amt ein Ende. Auch wann die Obrigkeit einen Interimstutor gegeben hat, (§. 179.) ſo hört ſein Amt auf, ſobald der teſtamentariſche das ſeinige antritt.

§. 219. Fortſetzung.

Ferner kann auch die Tutel durch die Excuſation und Remotion des Vormundes ein Ende nehmen. Wir werden von jener im 25. von dieſer im

26. Titel dieſes Buches Nachricht erhalten. Endlich die Tutel der Mutter und Grosmutter hört auf, ſobald ſie zur zweyten Ehe ſchreiten. (§. 169.)

§. 220. Von der Rechnungsablage.

Der Vormund verwaltet des Pupillen Vermögen. Nun muß aber jeder Verwalter fremder Güter Rechnung ablegen, folglich auch der Vormund. Dies geſchah bey den Römern nicht eher, als wenn die Tutel geendiget wurde. Kam der Vormund ſeiner Verbindlichkeit nicht nach, und legte gar keine Rechnung ab: ſo wurde *actio tutelae* angeſtellt. Wann er hingegen unrichtige Rechnung ablegte, etwas von dem Vermögen des Pupillen unterſchlug, mehr in die Ausgabe, und weniger in die Einnahme brachte, als er ſollte: ſo wurde er *actione de rationibus diſtrahendis* belangt, daß er die Rechnung berichtigen, und doppelt erſetzen ſollte, was er hatte unterſchlagen wollen. (* 1)

(1) Von dem Namen dieſer Klage ſ. *Bynkershoek* obſ. lib. 6. cap. 8. *Voorda* elector. cap. 16.

§. 221. Deutſches Recht.

Von dem heutigen Gebrauch dieſes Titels iſt zu bemerken: 1) die Vormundſchaft wird in Deutſchland durch die Mündigkeit nicht geendiget. Dann wir machen keinen Unterſchied zwiſchen der Tutel der Unmündigen, und Curatel der Minderjährigen; wir nennen beyde, die Tutoren ſowohl als Curatoren, Vormünder. Wann der Pflegbefohlne mündig wird, trägt ſich keine Veränderung zu; der bisherige Vormund führt ſein Amt fort, nach wie vor; alles bleibt in ſeiner vorigen Faſſung, in ſeinem vorigen Gange. 2) Die Vormundsrechnung ſoll nach der Reichspoliceyordnung alle Jahr abgelegt werden. Nur in dem Falle, wann das Vermögen ſehr gering iſt, läßt man, um die Koſten zu ſparen, die Rechnung einiger Jahre zuſammenkommen. 3) legt der Vormund keine Rechnung ab, ſo hält ihn die Obrigkeit von Amtswegen dazu an, und es iſt keine actio tutelae nöthig. Iſt die Obrigkeit in Erfüllung ihrer Pflicht ſaumſelig, ſo können die Verwandte des Pflegbefohlnen Vorſtellung thun. 4) Die actio de rationibus diſtrahendis kann nicht auf den doppelten Erſatz angeſtellt werden. Wann indeſſen der Vormund betrüglich gehandelt hat: ſo kann ihn die Obrigkeit zur Strafe ziehen.

Tit. XXIII.

TIT. XXIII.

De Curatoribus.

§. 222. Was iſt cura, curatio, procuratio?

Cura, curatio, curatela, procuratio im allgemeinen Verſtande iſt jede Beſorgung fremder Geſchäffte, jede Verwaltung fremder Güter. Sie iſt zweyerley, entweder hat mir der Eigenthümer, der, welchen das Geſchäfte angehet, die Verwaltung und Beſorgung übertragen, oder nicht; ſondern ich bin vom Geſetzgeber, von der Obrigkeit dazu beſtellt. Im erſten Fall iſt eine *procuratio* im eigentlichen Verſtande, im zweyten *cura*, *curatio*, *curatela* in engerer Bedeutung vorhanden. Dieſe letztere iſt entweder mit einer Aufſicht über eine Perſon verbunden, oder nicht. Jene heiſt *cura mixta*, dieſe *cura realis*. Bloſe Realcuratelen ſind die cura abſentis, cura ventris, cura maſſae, und cura litis. Wann nemlich jemand abweſend iſt, man von ſeinem Aufenhalt keine Nachricht hat, und er Vermögen beſitzt, das adminiſtrirt werden muß: ſo wird dazu ein Pfleger beſtellt, welcher curator abſentis heiſt. Stirbt jemand, und hinterläßt eine ſchwangere Wittwe, hat aber im Teſtament nicht das noch ungebohrne Kind, ſondern einen andern zum Erben ernennt: ſo wird die Wittwe in den Beſitz des Vermögens eingeſetzt, und ein Curator beſtellt, der ihr die Alimente und alles nothwendige verabreicht. Dieſer heiſt curator ventris. Ein curator maſſae wird beſtellt, wenn jemand in Concurs fällt, um das vorhandene Vermögen ſo lange zu verwalten, bis die Vertheilung unter die Gläubiger geſchehen kann. Endlich ein curator litis oder in litem wird einem Pupillen gegeben, wann er mit dem Vormund in Prozeß geräth. (§. 212.) Die Curatel, welche mit einer Aufſicht über die Perſon verbunden iſt, wird entweder auf **Verlangen** der Perſon beſtellt; oder ohne und zuweilen gegen ihr Verlangen. Von der erſten Art iſt die Curatel **kranker** und taubſtummer **Perſonen**. Sie erhalten nur einen Curator, wenn ſie darum bitten (* 1). Auch die Curatel der Minderjährigen gehört nach römiſchem Recht hierher. Von der letzten Art hingegen iſt die Curatel der **Blödſinnigen**, der **Verſchwender**, heutigestages der **Minderjährigen**, und in Sachſen der **Weibsperſonen**. S. die Tabelle 9. a.

Die Anmerkung zum §. ſagt: die cura iſt in Rückſicht auf ihr Fundament entweder die geſetzliche, (legitima), oder von der Obrigkeit gegebene (datiua). Unter einer geſetzlichen Curatel ſtanden die Blödſinnige und Ver-

ſchwender, doch nur alsdann, wann ſie freygebohren und nicht emancipirt waren. Hingegen der dativen waren die Blödſinnige und die Verſchwender unterworfen, wann ſie freygelaſſene oder emancipirt waren. Die Urſache dieſer Diſtinction wird ſich im 223. und 224. §. zeigen. Auch alle übrige vorhin benennte Gattungen der Curatel ſind dativ. Eine teſtamentariſche Curatel kennt das römiſche Recht nicht. Dann die Geſetze der 12 Tafeln erlauben dem Vater nur über die Tutel ſeiner Kinder zu diſponiren, von Curatel ſagen ſie nichts. Wann indeſſen der Vater den Kindern einen Curator ernennt hatte, und ſie einen haben wollten, ſo wurde der vom Vater ernennte von der Obrigkeit beſtätigt.

(1) *Io. Luttringhauſen* diſſ. de adminiſtratoribus a iuvenibus ſanae quidem mentis, ſed vitio corporis laborantibus electis atque a iudice confirmatis iure curatorum minorum non aeſtimandis Marb. 1765.

(2) Item *Rotgerſii* diatr. ad L. 6, de confirm. tutor. in *Eiusd.* apodict. demonſtrationibus, lib. 2. p. 692. ſqq.

§. 223. Curatel der Blödſinnigen.

Die erſte Art von Curatelen, die wir zu betrachten haben, iſt die Curatel der **Wahnwitzigen** und **Blödſinnigen**. Schon die Geſetze der 12 Tafeln ſagen in der 5ten Tafel: ſi furioſus aut prodigus exiſtat, aſt ſi cuſtos nec eſcit, (das heiſt nach der richtigern Erklärung ſi pubes eſt furioſus, ideoque tutor ei non eſt), agnatorum gentiliumque in eo pecuniaue eius poteſtas eſto. Man muß aber nicht glauben, wie die erſte Anmerkung ſagt, daß alle Blödſinnige ihre geſetzliche Curatoren gehabt hätten. Aus Ulpians Fragmenten (* 1) ſieht man, daß nur die Freygebohrne und von ihrem Vater nicht emancipirte Blödſinnige dergleichen hatten. Die Urſache iſt in dem angeführten Programm (* 2) zuerſt gezeigt worden. Die Freygelaſſene hatten keine Agnaten, weil die Sklaven keine hatten; daher erbten auch die Freygelaſſenen einander nicht ab inteſtato. Da ferner die Emancipation das ius agnationis aufhob: ſo hatten die emancipirte Kinder auch keine Agnaten. Nach den Geſetzen der 12 Tafeln aber ſollten doch die Agnaten die Curatoren des Blödſinnigen ſeyn. Daraus iſt alſo klar, warum nur die Freygebohrne und nicht emancipirte Blödſinnige in den Geſetzen der 12 Tafeln gemeynt ſeyn konnten. Weil indeſſen andere Blödſinnige eben ſo ſehr eines Curators bedurften, ſo gab ihnen der Prätor einen.

In der zweyten Anmerkung ſteht, nach dem alten römiſchen Recht waren die Agnaten und Gentilen *ipſo iure* die Curatoren des blödſinnigen Verwandten; es war keine obrigkeitliche Unterſuchung und Beſtellung nöthig. Weil aber zuweilen die Verwandten einen Menſchen für blödſinnig ausgaben, der es doch nicht war, und ſich widerrechtlich der Curatel über ihn anmaßten:

maßten: ſo wurde verordnet, daß die Obrigkeit den Blödſinnigen einen Curator, nach vorhergegangener Unterſuchung geben ſollte. Die geſetzliche Curatel der nächſten Verwandten alſo war aufgehoben. Wann indeſſen dieſe zur Curatel tüchtig waren, ſo übergieng man ſie nicht, ſondern zog die Fremden vor.

(1) Bey Schulting in iuriſpr. ante iuſtin. p. 605.

(2) Mein progr. de L. Laetoria et cura minorum §. 2. Ich muß bey dieſer Gelegenheit zwey Druckfehler in dieſem Programm anmerken, welche den Sinn verdunkeln. S. 3. §. 2. Zeile 1. iſt zu leſen *prodigis* de curatore proſpexiſſe etc. und S. 20. muß es heiſſen (1) furioſos ingenuos nec emancipatione ſui iuris factos, (2) *prodigos ingenuos nec emancipatos.* Praetor ergo etc.

§. 224. Curatel der Verſchwender.

Auch die Verſchwender ſollen nach den Geſetzen der 12 Tafeln einen Curator bekommen, ſobald ihnen der Prätor die eigene Verwaltung ihres Vermögens genommen hat, (bonis interdixit eis) wann nemlich ein Menſch mit ſeinem Vermögen ſo übel wirthſchaftet, daß man voraus ſieht, er werde ſich an den Bettelſtab bringen, ſo iſt er nicht beſſer, als ein Wahnwitziger; die Obrigkeit iſt alſo ſchuldig ihm die Adminiſtration des Vermögens zu nehmen, und ſie einem Curator zu übertragen (* 1). So wie aber nicht alle Blödſinnige nach den Geſetzen der 12 Tafeln Curatoren erhielten, ſo auch nicht alle Verſchwender. Nur die Freygebohrne, und nicht emancipirte erhielten dergleichen. Die Urſache iſt dieſelbe wie bey den Blödſinnigen. Die 12 Tafelngeſetze gaben den Agnaten die Curatel; Freygelaſſene und Emancipirte aber hatten keine Agnaten. Der Prätor trat alſo auch hier ins Mittel, und gab den freygelaſſenen und emancipirten Verſchwendern einen Curator.

(1) Was eigentlich erfordert wird, um einen Menſchen gerichtlich für einen Verſchwender zu erklären, unterſucht *Leyſer* ſp. 349. med. 1. 2.

§. 225. Curatel der Minderjährigen.

Die dritte geſetzliche Curatel treffen wir bey den Minderjährigen an. Das lätoriſche Geſetz, deſſen Autor und Alter ungewiß ſind, verordnet, daß man den ſtupiden und liederlichen Minderjährigen Curatoren geben ſolle. Wann ein Minderjähriger raſend, oder von der Obrigkeit für einen Verſchwender erklärt war: ſo bekam er ſchon vor dem lätoriſchen Geſetze einen Curator, ſowohl wie ein majorenner Wahnwitziger oder Verſchwender. Aber wenn er nur ſtupid, das heiſt von einem ſehr ſtumpfen ſchwachen Verſtande war, oder leichtſinnig oder unordentlich in ſeiner Wirthſchaft; ohne doch ein förmlicher Verſchwender zu ſeyn: ſo bekam er nach dem lätoriſchen Geſetze einen Pfleger.

Z 3 Kayſer

Kayſer Marcus Antoninus änderte dieſes; indem er verordnete, daß jeder Minderjährige auf ſein Verlangen einen Curator bekommen ſollte. Vorher war es ſchimpflich einen Curator zu haben; dann man wurde dadurch in die Claſſe der ſtupiden und liederlichen Jünglinge verſetzt. Dieſes ſchimpfliche nahm Antonin von der Curatel weg. Ein Jüngling konnte nun um einen Curator bitten, ohne ſich in den Verdacht eines ſchwachen Verſtandes, oder einer ſchlechten Wirthſchaft zu ſetzen.

§. 226. Die Minderjährige bekamen nur einen Curator, wann ſie wollten.

Alſo ein Minderjähriger bekam keinen Curator gegen ſeinen Willen; ſondern nur alsdann, wann er darum bat. Dieß iſt wenigſtens die richtigſte Meinung. Verſchiedene in der Note angeführte Juriſten behaupten zwar das Gegentheil, und glauben ein Minderjähriger habe müſſen um einen Curator bitten. Sie gründen ſich hauptſächlich auf *L.* 33. §. 1. *D. de adminiſtr. et peric. tut.* wo es heiſt: officium tutorum curatoribus conſtitutis finem accipit; auf *L.* 5. *§.* 5. *D eod.* wo Ulpian ſagt: ſacris conſtitutionibus is, qui tutelam adminiſtrauit, iubetur, pupillum ſuum puberem factum admonere, ut ſibi curatores petat, und auf *L.* 1. *§. ult. D. de minor.* wo geſagt wird: hodie in aetatem uſque viginti quinque annorum adoleſcentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei ſuae adminiſtratio committi debebit, quamuis bene rem ſuam gerentibus. Allein alle dieſe Stellen beweiſen nichts, dann daß die Tutel aufhört, wann ein Curator beſtellt iſt, beweiſt nicht, daß der letzte nothwendig, auch gegen des Minderjährigen Willen beſtellt werden müſſe. Der Tutor mußte freylich den Pupillen erinnern, daß er um einen Curator bat; weil dieſer dem Tutor die Rechnung abnahm. Sobald aber, als dieſes geſchehen war, hatte ſein Amt ein Ende, wofern ihn nicht der Minderjährige behalten wollte. L. 1. §. ult. de minor. redet nicht von curatoribus *conſtituendis*, ſondern conſtitutis. Wann der Minderjährige einmal einen Curator erbeten und bekommen hatte: ſo konnte er ihn nicht wieder abdanken, ſondern mußte ihn bis zu erreichter Großjährigkeit behalten. Dagegen haben wir die deutlichſte Stellen für unſere Meinung. *L.* 13. §. *ult. D. de tut. et curat. dat.* ſagt: minoribus *deſiderantibus* curatores dari ſolent. In der *L.* 43. *§.* 3. *D. de curator.* heiſt es: is, qui curatorem praeſenti petit, non aliter audietur niſi *adulto conſentiente.* Und in der *Leg.* 3. *Cod. de in int. reſtit.* wird ein Unterſchied gemacht, unter Minderjährigen, die einen Curator haben, und ſolchen, die keinen haben. Endlich §. 2. i. h. t. ſagt ausdrücklich: inuiti adoleſcentes curatores non accipiunt. Nur einige Fälle waren ausgenommen, wo ein Minderjähriger einen Curator haben mußte. Nemlich 1)

wann

wann er einen Prozeß bekam. Dann ein Minderjähriger konnte ohne Curator nicht vor Gericht erſcheinen, und der Richter durfte gegen ihn keine Sentenz fällen, wann er keinen Curator zum Beyſtand hatte. 2. Wann ein Schuldner dem Minderjährigen etwas zu bezahlen hatte. Dann hat der Minderjährige ohne Curator die Zahlung angenommen, und das Erhaltene verſchwendet: ſo muß der Schuldner noch einmal bezahlen. 3) Wann der Tutor Rechnung ablegen will; denn dieſe kann ihm der Minderjährige allein nicht abnehmen, er hat dazu den Beyſtand eines Curators nöthig.

§. 227. Pflicht des Curators.

Ein Curator iſt nicht wie der Tutor zur **Erziehung und Aufſicht** über eine Perſon, ſondern zur Adminiſtration des Vermögens beſtellt. Indeſſen bemerke man: 1) die Curatoren eines Blödſinnigen und Kranken ſind von dieſer Regel ausgenommen. Dieſe müſſen für die Perſon ihres Curanden eben ſo beſorgt ſeyn, als für die Verwaltung ſeines Vermögens. 2) Auch der Curator eines Minderjährigen darf ſich der Sorge für die Perſon des Curanden nicht entſchlagen. Folgen jener Regel ſind 1) der Curator interponirt nicht *auctoritatem*, ſondern *conſenſum*; das heiſt die Einwilligung des Curators in eine Handlung des Curanden wird nicht auctoritatis interpoſitio, wie bey dem Tutor, ſondern conſenſus genennt. (* 1). Wichtiger und practiſch iſt 2) die Folge, wann ein Menſch, welcher unter der Curatel ſtehet, etwas unternimmt, was blos ſeine Perſon angehet; z. E. wann er ein Eheverlöbniß ſchließt, ſo iſt es gültig, auch ohne des Curators Einwilligung. Wann hingegen der Curand etwas vornimmt, was ſein dem Curator untergebenes Vermögen betrifft: z. E. etwas kauft, miethet, vermiethet ꝛc. ſo iſt die Handlung nichtig, woſern der Curator nicht conſentirt hat. Die genauere Beſtimmung, und weitere Ausführung dieſer Sätze gehört in die Pandecten. Hier bemerke man nur noch a) wann ein Minderjähriger eine Handlung unternommen hat, die ſeine Perſon angehet, und dabey **lädirt** wird, das heiſt **Schaden leidet**: ſo kann er reſtitutionem in integrum ſuchen. b) Will ein Minderjähriger etwas von ſeinem Vermögen veräuſſern: ſo iſt nicht einmal des Curators Einwilligung hinlänglich; ſondern es muß eine obrigkeitliche Unterſuchung, und ein Alienationsdecret vorausgehen. S. die zu dieſem §. gehörige Tabelle 9. b.

(1) Doch wurde in den neuern Zeiten das Wort auctoritas auch von der Einwilligung der Curatoren gebraucht. *Toullieu* diſſ. de auctoritate curatorum aetatis, in collectan, n. 8. p. 269. ſqq. *Püttmann* in probabil. lib. 1. cap. 21.

§. 228.

§. 228. Wie die Curatel aufhört.

Die Tutel hört auf, wenn der Pflegbefohlene mündig wird; die Curatel, wann die Urſache wegfällt, um deren Willen der Curator beſtellt war. Alſo die Curatel des Minderjährigen nimmt ein Ende, wann er die Großjährigkeit, das heiſt das fünf und zwanzigſte Jahr zurückgelegt hat. Doch erhält zuweilen ein Minderjähriger bey dem Landesherrn veniam aetatis; das heiſt der Landesherr giebt ihm die Rechte eines Großjährigen, ehe er noch 25 Jahr alt iſt. Nun kann er alles ohne Curator thun, was er zuvor nicht anderſt, als mit Einwilligung des Curators gültig thun konnte. Die Curatel der Wahnwitzigen hört auf, wann ſie den Gebrauch ihres Verſtandes erhalten; die Curatel der Kranken, wann ſie wieder zur Geſundheit gelangen; die Curatel der Verſchwender, wann ſie Hoffnung geben, daß ſie in Zukunft ordentlich wirthſchaften werden, und die Obrigkeit ihnen die eigene Verwaltung ihres Vermögens wieder überläßt.

Die Anmerkung ſagt, das Lätoriſche Geſetz, deſſen Abfaſſung man gewöhnlich auf das Jahr 490. ſetzt, hat zuerſt den Termin der Majorennität auf das fünf und zwanzigſte Jahr geſetzt. Des Geſetzgebers Grund, wie Gundling muthmaßt, war, weil er hundert Jahre für das höchſte Ziel des menſchlichen Lebens annahm, und das Leben in vier Alter abtheilte, deren erſtes von der Geburt bis ins fünf und zwanzigſte Jahr; das andere von 25 — 50; das dritte von 50 — 75, und das letzte von 75 — 100 reichte.

§. 229. Klagen, welche aus der Curatel entſtehen.

Wann der Tutor die Rechnungsablage ganz unterläßt, ſo geben die Geſetzgeber gegen ihn *actionem tutelae*, und wann er eine unrichtige Rechnung abgelegt hat, *actionem de rationibus diſtrahendis*. Dieſe Klagen ſind von den Rechtsgelehrten auch auf die Curatel ausgedehnt worden. Er alſo kann auch actione tutelae und actione de rationibus diſtrahendis belangt werden; nur mit dem Unterſchied, daß die Klagen in jenem Fall actiones *directae*, in dieſem aber *utiles* heiſſen. Dann eine Klage, die ſich ausdrücklich in einem Geſetz gründet, heiſt actio directa; eine Klage aber, die von den Rechtsgelehrten auf einen im Geſetz nicht ausdrücklich enthaltenen Fall ausgedehnt wird, wird utilis genennt.

§. 230. Deutſches Recht.

Im alten Deutſchland hat man den Unterſchied zwiſchen Tutor und Curator, den die Römer hatten, nie gemacht. Die Vormundſchaft dauerte bis zur Majorennität (* 1). Herr von Pufendorf (* 2) behauptet zwar, die Deutſche hätten ſo wie die Römer zwiſchen Pupillen und Minorennen diſtinguirt;

guirt; und der Minorenne habe nach erlangter Pubertät ſich einen Curator wählen können, wann er gewollt habe. Aber dieſe Meynung hat Kortholt (* 3) dünkt mir hinlänglich widerlegt. So viel iſt gewiß, daß heutigestages kein Unterſchied unter Tutoren und Curatoren gemacht wird. Wer die Aufſicht über einen **Unmündigen** und ſein Vermögen hat, heiſt **Vormund**; und eben ſo der, welcher das Vermögen eines Mündigen, aber noch minorennen Menſchen verwaltet. Wann der Pupill mündig wird, ſo ſieht man nicht die geringſte Veränderung in der Vormundſchaft vorgehen (* 4); und es iſt keine neue Confirmation nöthig (* 5). Indeſſen iſt doch der römiſche Saz; curator primario datur rei mit ſeiner im §. 227. angeführten practiſchen Folge auch in Deutſchland angenommen; wiewohl Beyer (* 6) daran zweifelt. 2) Der Termin der Großjährigkeit war nach dem alten Sachſenrecht das 21ſte Jahr, nach den Rechten anderer Provinzen das 16te, 18te, 20ſte und 22ſte Jahr. Als das römiſche Recht eingeführt wurde, nahm man in den meiſten Provinzen den römiſchen Termin von 25 Jahren an: nur die Sachſen behielten ihr altes Recht bey. Daher fängt noch heutigestages in Sachſen die Grosjährigkeit im 21ſten Jahr an. Die Churprinzen werden nach der güldenen Bulle im 18ten Jahre majorenn. Eben dieſes iſt in vielen Fürſtlichen Häuſern Rechtens, z. E. im Hauſe Heſſen, Braunſchweig, Anhalt. Im Brandenburgiſchen werden die Adeliche im 20ſten Jahr majorenn (* 7). Nach einer neuen Oeſtreichiſchen Verordnung ſoll das männliche Geſchlecht im 20ſten das weibliche im 18ten Jahre großjährig werden. 3) In Deutſchland bekommen die Minderjährige auch gegen ihren Willen Vormünder. In der Polizeyordnung vom Jahr 1577. tit. 32. §. 1. heiſt es: wollen wir allen und jeden Churfürſten, Fürſten ꝛc. befohlen haben, zu verordnen, daß den Pupillen und **minderjährigen Kindern** jederzeit, bis ſie zu ihren vogtbaren und mannbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorſteher gegeben werden. Nun wendet zwar Cocceji (* 8) ein, in dieſem Geſetze werde nicht verordnet, daß den Minderjährigen **gegen ihren Willen** Curatoren gegeben werden ſollen. Allein dem ſey wie ihm wolle, ſo iſt die Obſervanz in Deutſchland auſſer Zweiffel und allgemein (* 9).

(1) *Schilter* Exerc. 37. theſ. 79. *Ludewig* diſſ. de tutela teſtam. et legitim. diſſ. II. *Beyer* de hodierna tutorum et curatorum differentia: in diſſert. et opuſc. num. 4. *Gaertner* diſſ. iure germanico inter tutores et curatores, pupillos et minores non diſtingui Lipſ. 1732. *Heineccius* in elem. iur. germ. Lib. 1. §. 340. ſqq. *Leyſer* ſp. 327. Moſer im Staatsrecht part. 18. pag. 137. ſqq.

(2) In obſerv. Tom. 1. obſ. 48.

(3) Diſſ. de differentiis iuris romani et Heilbronnenſis in tutelis §. 20. ſqq.

(4) Struben rechtl. Bed. Part. 3. pag. 380.

(5) *Wernher* part. 6. obſ. 389. pag. 65.
(6) Diſſ. de hodierna tut. et curat. different. §. 13.
(7) Struben rechtl. Bed. Part. 3. p. 380. doch giebt man dem Minderjährigen nicht leicht eine Perſon zum Curator, die ihm zuwider iſt. *Kortholt* diſſ. de diff. iur. rom. et Heilbronnenſ. in tutel. §. 25. 26.
(8) In iur. controv. tit. de curat. Qu. 2.
(9) *Diet. Herm. Kemmerich* diſſ. de maiori principum aetate Lipſ. 1736.

TIT. XXIV.

De ſatisdatione tutorum et curatorum.

§. 231. Was iſt die Caution.

Caution, **Vorſtand**, heiſt eine Sicherheit, die ich dem andern über die Erfüllung meiner Verbindlichkeit leiſte, weil er fürchtet, daß ich dieſe übertretten werde. Alſo man ſetzt voraus, a) daß ich zu etwas verbunden bin, b) daß man nicht verſichert iſt, ich werde dieſer Verbindlichkeit nachkommen; und daß ich daher c) eine Handlung unternehme, durch welche der andere überzeugt wird, ich werde meine Pflicht erfüllen; oder doch wenigſtens Mittel erhält, ſich, wann er Schaden leidet, zu erholen. Z. E. ich borge Geld bey jemanden, und gebe ihm ein Unterpfand. Hier iſt a) eine Verbindlichkeit, das Geld zu erſtatten; der Glaubiger aber b) zweifelt, ob ich ſie, wenigſtens zur rechten Zeit erfüllen werde; er ſucht ſich deßwegen c) durch Annehmung des Pfandes in Sicherheit zu ſetzen. Die Verpfändung iſt alſo eine Caution. Wenn die Caution durch **Bürgen** geleiſtet wird, ſo heiſt ſie *ſatisdatio*.

§. 232. Warum muß der Vormund Caution leiſten.

Ein Tutor und Curator verwaltet fremdes Vermögen. Beyde ſind alſo ſchuldig Rechnung abzulegen, und herauszugeben, was nach Abzug der Ausgabe von der Einnahme übrig bleibt. Alſo das eine Erforderniß der Caution, die **Verbindlichkeit**, iſt vorhanden. Wann nun auch das andere Erforderniß eintritt, (ſi ulla in eos cadit ſuſpicio); **wann man nicht verſichert iſt**, daß ſie gut haushalten, und dem Pflegbefohlnen herausgeben werden, was ſie herauszugeben verbunden ſind: ſo müſſen ſie Caution, und zwar durch Bürgſchaft, mit einem Worte **Satisdation** leiſten. Alſo cadit ſuſpicio in tutorem heiſt hier nicht: der Tutor iſt verdächtig; man kann ſich zu

zu ihm nichts gutes verſehen. Nein; dann wäre das, ſo dürfte ihn die Obrigkeit gar nicht zur Tutel laſſen; ſondern es will nur ſo viel ſagen: man hat keine zuverläßige Hoffnung, daß der Tutor ſeinen Pflichten ein Genügen thun werde. Daß die Caution gerade durch Bürgen und nicht auf andere Art geleiſtet werden muß, davon liegt der Grund darin, weil man zur Zeit der Cautionsleiſtung noch nicht weiß, was und wie viel der Vormund ſchuldig bleiben wird. In ſolchen Fällen aber, wo der Schaden noch ungewiß iſt, iſt die Caution durch Bürgen die ſchicklichſte.

§. 233. Und in welchen Fällen?

In welchem Falle hat man alſo das Zutrauen zu dem Vormund, in welchem Falle nicht? In welchem leiſtet ein Vormund Caution, in welchem iſt er frey davon? Der gegenwärtige §. ſagt 1) Vormünder, welche vom Vater im Teſtament beſtellt ſind, leiſten nach römiſchem Recht keine Caution. Dann man glaubt, der Vater werde keinen zum Vormund ernennen, deſſen Geſchicklichkeit und Ehrlichkeit er nicht genau geprüft, und bewährt gefunden hat. Auf einen ſolchen teſtamentariſchen Vormund alſo kann man ſich ſicher verlaſſen. Auch 2) Vormünder, welche ein höherer Magiſtratus nach vorausgegangener Unterſuchung beſtellt hat, ſind von der Cautionsleiſtung frey. Dann man hat zu der Unterſuchung eines ſolchen Magiſtratus ebenfalls ein ſo groſſes Zutrauen, daß man glaubt, er werde keinen als einen vollkommen tüchtigen und treuen Vormund beſtellen.

§. 234. Wer iſt nicht frey von der Caution?

Hingegen ſind zu der Cautionsleiſtung verbunden 3) die **geſetzliche Vormünder.** Dann weder ein väterliches Teſtament, noch die Approbation eines höhern **Magiſtratus** ſprechen zu ihrem Vortheile. Nur der **Vater** und der **Patron,** wann ſie die geſetzliche Vormundſchaft übernahmen, waren frey von der Caution. 4) Die von einem niedern Magiſtratus beſtellte Vormünder. Die Unterſuchung und Billigung eines niedern Magiſtrates hat nicht ſo viel Gewicht, daß ſie den Vorwand von der Caution befreyen könnte. 5) **Alle Vormünder,** teſtamentariſche, geſetzliche und dative, **welche aus mehreren zur Adminiſtration gewählt werden.** Wann nemlich der Vater mehrere Vormünder beſtellt hat, oder mehrere geſetzliche Vormünder z. E. drey Vatersbrüder vom Pflegbefohlnen vorhanden ſind: ſo giebt man nicht leicht allen an der Verwaltung des Vermögens Antheil, weil dieſes ſelten gut thut; ſondern man wählt einen, giebt ihm die Adminiſtration allein, und macht die andern nur zu Ehren-Vormündern, (tutoribus honorariis). Der eine nun, welcher adminiſtriret, muß ſeinen Collegen Caution

 ſtellen.

ſtellen. Dann wann er übel haushält: ſo müſſen die andern dem Pupillen für allen Schaden haften. Sie können alſo mit Recht auf dieſen Fall Caution fordern.

§. 235. Klagen gegen die Bürgen.

Die Folge der Cautionsleiſtung des Vormundes iſt, daß wann er dem Pupillen etwas ſchuldig bleibet, die Bürgen für allen Schaden ſtehen müſſen. Die Klage, welche desfalls gegen ſie angeſtellt wird, heiſt *actio ex ſtipulatu.* Nur wird erfordert, daß der Vormund ſelbſt zuerſt belangt, und ausgeklagt werde. So lange er zu bezahlen hat, iſt der Bürge zu haften nicht ſchuldig. Dann die allgemeine Regel iſt: der Hauptſchuldner muß vor dem Bürgen belangt werden.

§. 236. Noch andere Klagen des Curanden.

Wie aber wenn der Bürge auch nichts im Vermögen hat, und der Pflegbefohlne ſich alſo an ihm nicht erholen kann? In dieſem Falle kann dieſer die hypothekariſche Klage anſtellen gegen alle, welche etwas von dem Vermögen des Vormundes an ſich gebracht haben; dann dieß iſt dem Pupillen ſtillſchweigends verpfändet. Iſt aber auch durch dieſe nichts zu erlangen: ſo kann ſich der Pupill noch zuletzt an die Obrigkeit halten; wofern ſie nemlich etwas von ihrer Pflicht unterlaſſen hat. Dieſe Klage findet alſo ſtatt a) wann die Obrigkeit untaugliche Bürgen, die nicht hinlänglich begütert ſind, angenommen; oder b) ganz unterlaſſen hat, Vormünder zu beſtellen; oder c) keine Cautionsleiſtung in einem Fall erfordert hat, wo ſie dergleichen hätte fordern ſollen. Weil die Obrigkeit nicht eher belangt werden kann, als bis weder vom Vormund ſelbſt, noch von den Bürgen etwas zu erhalten ſteht, dieſe Klage alſo die letzte Zuflucht des Pupillen iſt: ſo heiſt ſie actio *ſubſidiaria* aduerſus magiſtratus (* [1]).

(1) Die beſte Abhandlung von dieſer Materie iſt *Gebauer* diſſ. de actione tutelae aduerſus magiſtratus in exercit. acad. Vol. 1. num. 8. pag. 209.

§. 237. Deutſches Recht.

Nach der angeführten Polizeyordnung ſollen alle Vormünder, teſtamentariſche, geſetzliche, und von der Obrigkeit gegebene Caution ſtellen. Aber dieſes heilſame Geſetz wird ſchlecht befolgt. An einigen Orten begnügt man ſich damit, wann der Vormund auf ſeine Pflichten einen Eyd ablegt, gleichſam als ob der Pupill dadurch gegen allen beſorglichen Schaden in Sicherheit geſetzt würde. An andern Orten beſtellt man keinen Vormund, der nicht mit liegenden Gütern angeſeſſen iſt, und hält daher die Caution durch Bürgen für unnöthig; da die Güter des Vormundes dem Pupillen verpfändet ſind,

und er ſich alſo daran entſchädigen kann. Die ſubſidiariſche Klage iſt zwar nicht abgeſchafft, wie einige glauben (* 1); dieß hat Gebauer (* 2) bewieſen. Aber ſie kommt doch ſelten vor. Wann der Vormund die Pflegbefohlne um alles gebracht hat: ſo fehlt es an Geld, den Proceß gegen die Obrigkeit zu führen: kein Advokat dient gern gegen ſeine Oberen; für die Obrigkeit ſtreitet die Präſumtion der Legalität; die Pupillen haben alſo einen ſchweren Beweis zu führen; die Obrigkeit hat Freunde, Gönner und Connexionen, und treibt einen ſolchen Proceß aufs äuſſerſte. Aus dieſen und noch mehr Urſachen ruft ein Juriſt (* 3) über dieſe Klage aus; ab hac actione libera nos domine!

(1) *Treutler* vol. 1. diſp. 9. theſ. 7. not. e. pag. 84. *Mev.* ad ius Lubec. lib. 1. Tit. 7. art 2. n. 56. pag. m. 218.

(2) In der angeführten diſſ. cap. 2. Man ſehe auch *Leyſer* ſpec. 343. M. 1. und *Ludolf* part. 1. obſ. 160. num. 4. *Kortholt* diſſ. de diff. iur. rom et Heilbr. in tutel. §. 12. not. t.

3) (*Naurath* in not. ad *Zoes.* pand. tit. de magiſtrat. conueniend. p. 638.

TIT. XXV.

De excuſatione tutorum vel curatorum.

§. 238. Was heiſt Excuſationen von der Tutel?

Die Tutel iſt ein munus publicum, eine perſönliche Beſchwerde, ein Dienſt den jeder Bürger übernehmen muß, weil es das Wohl des Staats erfordert. Da indeſſen die Geſetze einige Bürger von den Perſonallaſten befreyen, ſo ſind auch einige inſonderheit von der Tutel frey; *excuſantur a tutela*, wie die römiſche Juriſten ſagen.

§. 239. Eintheilung derſelben.

Die *excuſatio a tutela* iſt alſo ein rechtmäſiger Grund, durch welchen Jemand von der Laſt der Tutel befreyet wird; das heiſt, vermöge deſſen er entweder nicht Vormund werden kann, wenn er gleich will; oder es nicht zu werden ſchuldig iſt, wenn er keine Luſt dazu hat. Man ſieht hieraus, daß das Wort Excuſation wird bey den Rechtsgelehrten in einem weitläuftigerm Verſtande genommen, als im gemeinen Redegebrauch. Dann nach dieſem leztern iſt Excuſation die Anführung eines Grundes, um deſſen Willen

man eine Beſchwerde nicht zu übernehmen ſchuldig iſt. Man braucht dieſes Wort nicht, wann jemand die Erlaubniß nicht hat, etwas zu thun. Wann z. E. jemand an einem feyerlichen Tage krank iſt, und daher nicht nöthig hat, bey Hofe zu erſcheinen: ſo iſt er excuſirt. Aber man ſagt nicht, daß einer excuſirt ſey, wann ihm der Hof verboten iſt. Die Rechtsgelehrten hingegen nehmen das Wort *excuſatio* hier in einer ſo weitläuftigen Bedeutung, daß ſie es nicht nur von den Perſonen brauchen, welche nicht gezwungen werden können, Vormünder zu werden; ſondern auch von denjenigen, welche nicht zur Vormundſchaft gelaſſen werden. Die Excuſationen theilen ſich daher in nothwendige, (neceſſarias, prohibitorias, improprias), und freywillige, (voluntarias, proprias) ein. Wann jemand nicht Vormund werden darf, ob er gleich wollte: ſo ſagt man, er habe eine nothwendige, oder uneigentliche Entſchuldigung. Bin ich hingegen in dem Fall, daß mir die Vormundſchaft, nicht gegen meinen Willen aufgetragen werden kann; daß ich ſie aber übernehmen darf, wann ich Neigung dazu habe: ſo habe ich eine freywillige, oder eigentliche Entſchuldigung. Dieſe Diſtinction hat verſchiedene practiſche Folgen; dann a) eine freywillige Entſchuldigung iſt mir nur alsdann nützlich, wann ich ſie anführe. Beſtellt mich die Obrigkeit zum Vormund, und ich führe die mir zuſtehende freywillige Excuſation nicht an: ſo habe ich ſtillſchweigends darauf renunciiret. Hingegen die nothwendige Excuſation braucht nicht angeführt zu werden. Die Obrigkeit muß von Amtswegen Rückſicht darauf nehmen. b) Die freywillige Excuſation befreyt mich nur von der noch zu übernehmenden Tutel; die nothwendige aber macht auch der ſchon übernommenen Tutel ein Ende. Das heiſt: wann ich Tutor werden ſoll, und eine freywillige Excuſation anführe: ſo werde ich mit der Tutel verſchont. Wann ich aber ſchon Vormund bin, und während der Vormundſchaft eine freywillige Excuſation erhalte: ſo kann ich darum die Tutel nicht niederlegen. Z. E. drey Kinder gaben in Rom eine freywillige Entſchuldigung von der Tutel. Wann ich alſo zu der Zeit, da ich zum Vormund beſtellt wurde, ſchon drey Kinder hatte: ſo war ich von der Tutel frey: hingegen wann ich während der Vormundſchaft drey Kinder erhielt: ſo kann ich die Tutel darum nicht abgeben. Anderſt iſt es bey der nothwendigen Excuſation. Wer dergleichen hat, darf eine Tutel nicht übernehmen: und wann er während derſelben die Excuſation erſt bekommt: ſo muß er ſein Amt auch niederlegen. Der Soldatenſtand z. E. iſt eine nothwendige Excuſation. Ein Soldat darf alſo keine Tutel annehmen, und wann der Vormund während ſeines Amtes Soldat wird: ſo muß er es niederlegen. Beyde Arten der Excuſation haben übrigens bey allen Arten von Vormündern ſtatt; bey teſtamentariſchen, geſetzlichen und dativen. Von den teſtamentariſchen und dati-

ven

ven iſt dieß auſſer Zweifel; aber können ſie auch die geſetzliche entſchuldigen? Cujacius (* 1) und Giphanius (* 2) leugnen es. Allein Schulting (* 3) und Huber am a. O. haben das Gegentheil erwieſen. Der nächſte Verwandte, welcher ſich entſchuldiget, verliert auch darum ſein Erbrecht nicht, wie einige glauben; dann dieſe Strafe iſt in keinem Geſetz dictirt (* 4).

(1) *Cuiac.* in not. ad *Ulp.* fragm. Tit. 11. §. 17. et ad leg. 13. D. de excuſ.
(2) *Giphan.* in commentar. ad §. 13. I. h. t.
(3) *Schulting* ad *Ulp.* fragm. l. c.
(4) *Leyſer* ſp. 331. med. 3.

§. 240. Freywillige Excuſationen.

Die freywillige Excuſationen ſind einem entweder ertheilt wegen der Verdienſte, die er um den Staat hat; (priuilegio nituntur) oder weil ihm die Tutel allzu beſchwerlich ſeyn würde, (ob impotentiam conceduntur). Zu der erſten Claſſe gehören folgende: **erſtlich** wer in Rom drey, in Italien vier und in den Provinzen fünf Kinder hat. Dieß iſt ein Privilegium, das im Papiſch-Poppäiſchen Geſetz zur Belohnung der Fruchtbarkeit gegeben wurde. Dieſes Geſetz wurde in der Abſicht verfaſſet, um die Bürger zu rechtmäſſigen Heyrathen und zum Kinderzeugen zu ermuntern. Es ſetzte daher mancherley Strafen auf den eheloſen Stand und die Kinderloſigkeit; hingegen Belohnungen auf den Eheſtand und das Kinderzeugen. Zu den letztern gehört dann auch die Excuſation von der Vormundſchaft (* 1). Nur müſſen die Kinder a) **ſchon alle zur Welt gebohren ſeyn.** Wann mir z. E. in Rom eine Vormundſchaft aufgetragen wurde, zu einer Zeit, da ich zwey Kinder hatte, und meine Ehefrau ſchwanger war: ſo war ich nicht entſchuldigt. b) Die Kinder müſſen auch **leibliche**, nicht adoptirte: c) **eheliche**, nicht auſſer der Ehe erzeugte, und d) **noch am Leben ſeyn.** Nur alsdann wann ſie in einem Treffen umgekommen waren, galten ſie noch als lebende. Wie viel Kinder heutigestages von der Tutel entſchuldigen, iſt controvers. Einige ſagen (* 2) fünf, **weil wir in den Provinzen lebten.** Seltſam! wie kann Deutſchland als eine römiſche Provinz angeſehen, und nach dem iure provinciarum beurtheilt werden? Andere (* 3) ſagen vier, dann Deutſchland habe das ius Italiae. Eben ſo ungereimt, als das vorige! Noch andere (* 4) halten drey Kinder für hinlänglich, weil Caracalla allen römiſchen Unterthanen **das römiſche Bürgerrecht ertheilt habe.** (§. 90.) Auch dieſes paßt nicht. Dann des Caracalla Verordnung hob den Unterſchied zwiſchen Bürgern, die in Rom, Italien und in den Provinzen wohnten, nicht auf (* 5) Richtiger urtheilen die, welche behaupten, daß man auf die Gewohnheiten und Statuten jedes Landes Rückſicht nehmen müſſe. Beſtimmen dieſe nichts,

ſo

ſo geben die Kinder keine Entſchuldigung gegen die Tutel. Dann die Privilegien, welche der ehelichen Fruchtbarkeit im Papiſch-Poppäiſchen Geſetze ertheilt ſind, gelten in Deutſchland nicht (* 6). Wann jemand viele Kinder, und dabey wenig Vermögen hätte, ſo daß er alle ſeine Zeit auf die Erziehung und Ernährung dieſer Kinder verwenden müßte; und es ihm nicht möglich wäre, ſich mit den Vormundsgeſchäften abzugeben, ſo würden ihn ſeine Vermögensumſtände, aber nicht die Kinder entſchuldigen.

(1) *Toullieu* diſſ. de iure ſeſe a tutela vel cura excuſandi ob magiſtratum et numerum liberorum; in collectaneis num. 7. pag. 255. ſqq.
(2) *Schilter* exerc. 37. theſ. 155.
(3) *Hopp* ad prooem. I. h. t.
(4) *Stryk* in uſu mod. h. t. §. 2.
(5) *Heinecc.* commentar. ad L. Iul. Pap. Popp. p. 211.
(6) *Thomaſius* in not. h. t. p. 109. *Kemmerich* acceſſ. ad Inſtit. h. t. §. 8. *Beyer* ad pand. h. t. *Knorre* obſ. ad Ludovici pandect. 559.

§. 241. Fortſetzung.

Die zweyte freywillige Entſchuldigung haben die, welche Güter oder Einkünfte des Landesherrn verwalten, erheben oder gepachtet haben. Alſo alle Rentmeiſter, Steuererheber, Zollerheber ſind von der Tutel frey. Aber nicht nur dieſe, ſondern alle Perſonen, denen der Landesherr ein Geſchäft aufgetragen hat, haben Entſchuldigung (* 1). Die Urſache iſt, daß ſie nicht in ihren Geſchäften durch die Tutel gehindert und geſtört werden ſollen. Dazu kommt noch eine andere, die Theophilus in ſeiner Paraphraſe anführt. Wann jemand Güter des Landesherrn verwaltet oder pachtet: ſo iſt ſein Vermögen dem landesherrlichen Fiskus verpfändet. Wollte er zugleich eine Tutel übernehmen: ſo würde das Vermögen auch dem Pupillen verpfändet werden; und käme er in Verfall, ſo könnte der Fiskus mit dem Pupillen in Colliſion kommen; wann nemlich das Vermögen nicht zu beyder Befriedigung hinreichte. Ich glaube daher, daß dieſe Excuſation nicht immer freywillig, ſondern oft nothwendig war. Nur alsdann war ſie wohl freywillig, wann der Tutor dem Pupillen durch Satisdation hinlängliche Sicherheit gegeben hatte. Da heutigestages die Satisdationen der Vormünder ſelten gehörig geleiſtet werden: ſo gehört dieſe Entſchuldigung faſt immer unter die nothwendige.

(1) L. 22. §. 1. L. 30. D. h. t.

§. 242. Fortſetzung.

Dritte Entſchuldigung. Wann jemand von der Provinz, der Stadt oder dem Dorfe, worin er wohnet, in öffentlichen Angelegenheiten verſchickt wird: ſo heiſt er *abſens rei publicae cauſa*, und hat eine Entſchuldigung von der Tutel. a) Er iſt nicht ſchuldig, während ſeiner Abweſenheit eine zu übernehmen,

nehmen, (excuſatur a ſuſpicienda tutela dum abeſt) b) Er kann auch während der Abweſenheit die ſchon geführte Vormundſchaften einem Curator übergeben, (excuſatur a ſuſcepta). Wann er aber c) zurück kommt, ſo muß er ſie wieder fortſetzen; hingegen d) eine neue Vormundſchaft iſt er im erſten Jahre nach ſeiner Zurückkunft zu übernehmen nicht ſchuldig, (excuſatur a ſuſpicienda intra annum, ex quo reuertit. e) Wann jemand in öffentlichen Geſchäften eine Seereiſe macht; oder ſeinen Wohnort auf Befehl des Landesherrn ändert: ſo kann er die bisher geführte Vormundſchaften auf immer niederlegen.

§. 243. Fortſetzung.

Die vierte Entſchuldigung kommt den Magiſtratsperſonen zu; doch nicht allen, ſondern nur den höheren, die *imperium* oder *poteſtatem* hatten; d. i. welche ihre Befehle durch Zwangsmittel zur Execution bringen durften. Uebrigens wird über dieſe Materie noch ſehr geſtritten. Giphanius, Ritterhuſius (* [1]) und andere glauben, daß die geringere magiſtratus nur eine freywillige, die höhere aber eine nothwendige Entſchuldigung hätten (*[2]). Heutigestags haben nach der Praxis alle obrigkeitliche Perſonen eine freywillige Entſchuldigung (* [3]). Fünftens können ſich entſchuldigen alle, welche die Jugend in Wiſſenſchaften und freyen Künſten unterrichten; nur müſſen ſie ordentliche öffentliche Lehrer ſeyn. Auch die Aerzte, wann ſie die Praxis treiben, und Rechtsgelehrte, ſind entſchuldiget. Der Grund liegt darin, weil alle dieſe Perſonen ſchon fürs öffentliche Beſte arbeiten, und es daher unbillig wäre, ſie noch mit Tutelen zu beläſtigen.

(1) In commentar. ad §. 3. I. h. t.
(2) Man ſ. von dieſer Entſchuldigung hauptſächlich *Tollieu* diſſ. §. 240. cit.
(3) *Schilter* ex 37. h. t. theſ. 161. *Stryk* uſ. mod. tit. de excuſat. §. 3. *Lauterbach* coll. th. pr. ibid. §. 12.

§. 244. Fortſetzung.

Die Entſchuldigungen, welche ſich auf die allzugroſſe Beſchwerlichkeiten gründen, ſind ſechstens drey Tutelen in einem Hauſe; wann nemlich jemand ſchon ſelbſt drey Vormundſchaften führet; oder wann auch ein Vater und ſeine filii familias zuſammen drey Tutelen haben: ſo kann ihm nicht zugemuthet werden, noch die vierte zu übernehmen. Nur bemerke man: 1) die Anzahl der Tutelen wird nicht nach der Zahl der Pupillen, ſondern der Patrimonien oder Rechnungen beſtimmt. Wann ich alſo über drey Pupillen Vormund bin, die zuſammen Ein Vermögen haben: ſo führe ich nicht drey Tutelen, ſondern nur eine. Die Urſache, warum der Vater durch die Tutelen ſeiner Söhne entſchuldigt wird, liegt darin, weil er für die Söhne haften, folglich

auch auf ihre Haushaltung Achtung geben muß, und ihre Vormundſchaften ihm alſo Mühe machen. Ausnahmen jenes Satzes ſind: a) ſi tutelae ſint affectatae, das heiſt, wann ich von den drey Tutelen, die ich führe, eine oder einige geſucht habe: ſo kann ich genöthigt werden, noch mehrere zu übernehmen. Dann die geſuchte Tutelen kommen nicht in Anſchlag. b) Si tenues ſint; wann die drey Vormundſchaften ſo geringfügig ſind, daß ſie wenig Mühe machen. Dann man muß die Tutelen nicht ſo wohl zählen als wägen. Daher kann auch jemand, der nur zwey, aber weitläuftige Tutelen hat, ſich von der dritten entſchuldigen. Ja eine einzige ſehr beſchwerliche und mühſame Vormundſchaft kann ſchon Entſchuldigung bewirken.

Siebendens. Die Armuth. Wann nemlich jemand ſo arm iſt, daß er alle ſeine Zeit zur Erwerbung ſeines Unterhalts nöthig hat. Da heutigestages alle Vormünder Satisdation leiſten ſollen, oder mit liegenden Gütern angeſeſſen ſeyn müſſen; ein armer Menſch aber nicht leicht Bürgen finden wird, und liegende Güter nicht beſitzt: ſo wird dieſe Entſchuldigung in den meiſten Fällen zur nothwendigen werden.

Achtens. Krankheit, die einen hindert, ſeinen eigenen Geſchäften vorzuſtehen; morbus ſonticus, wie ſie die Juriſten nennen.

Neuntens. Unwiſſenheit im Leſen und Schreiben. Dann ein ſolcher Menſch müßte ſich jemand zur Rechnungsſtellung halten, und dieß kann man ihm nicht zumuthen.

Zehendens. Siebenzigjähriges Alter. An den meiſten Orten in Deutſchland entſchuldigen ſchon ſechzig Jahre (* 1).

(1) *Knorre* obſ. ad Ludovici pandect. 560.

§. 245. Nothwendige Excuſationen.

Die nothwendige Entſchuldigungen ſind 1) **Raſerey, Wahnſinn, Taub- und Stummheit, Blindheit.** Dieſe Gebrechen machen, daß jemand der Tutel gar nicht, oder doch nicht mit der gehörigen Aufmerkſamkeit vorſtehen kann. Wenigſtens in dem Falle, wenn Taub- und Stummheit beyſammen ſind, ſchlieſſen ſie von der Tutel aus. Hat einer nur eines von beyden Gebrechen allein, ſo kann er nach Beſchaffenheit der Umſtände wohl zur Tutel gelaſſen werden (* 1). 2) **Minderjährigkeit.** Einem Minderjährigen traut man die zur Führung einer Vormundſchaft nöthige Klugheit nicht zu. Ob der Minderjährige alsdann, wann er veniam aetatis erlangt hat, Vormund werden könne, iſt zweifelhaft. Ich glaube nicht, wann es der Landesherr nicht ausdrücklich erlaubt (* 2). 3) **Soldatenſtand**; dann bald würde der Dienſt durch die Tutel, bald die Tutel unter dem Dienſte leiden (* 3). Dieſe Excuſation hat nach der richtigern Meynung noch heutzutag ſtatt (* 4).

4) Ein

4) **Ein Proceß mit dem Pupillen**; nur muß er nach den ältern Geſetzen das ganze Vermögen des Pupillen, oder doch den gröſten Theil deſſelben betreffen. Nach dem neuen römiſchen Recht hingegen iſt jeder bevorſtehende Proceß zur Entſchuldigung hinreichend. Dann Juſtinian verordnete in den angeführten Novellen, daß man weder einen Schuldner noch Glaubiger des Pupillen zum Vormund beſtellen ſolle. 5) Die Biſchöfliche Würde und der Mönchsſtand. Dieſe ſchlieſſen ganz von der Tutel aus. Andere Geiſtliche, die unter dem Biſchoffe ſind, können Vormünder über **Verwandte** werden; ſie haben aber eine **freywillige** Entſchuldigung. Zur Tutel über Fremde werden ſie nicht zugelaſſen. Bey den Proteſtanten haben alle Geiſtliche eine freywillige Excuſation (* [5]). 6) Der Eheſtand. Nemlich der Ehemann konnte nicht Vormund über die Ehefrau ſeyn, auch der Bräutigam nicht über die Braut, weil man glaubte, Frau und Braut würden ſich nicht unterſtehen, die Rechnungsablage zu fordern (* [6]). 7) Tödtliche Feindſchaft mit dem Vater der Pupillen. Alſo nicht jede kleine Zänkerey; ſondern nur eine heftige ſchwere Feindſchaft gereicht zur Entſchuldigung (* [7]). Man fürchtet, ein ſolcher Feind des Vaters werde an den Kindern noch Rache ausüben.

(1) *Stryk* de iure ſenſuum diſſ. 4. cap. 2. num. 18. ſqq.
(2) Strube. rechtl. Bed. 3. Th. 130. Seite.
(3) *Enenckel* de privileg. milit. lib. 2. privileg. 15.
(4) *Leyſer* ſp. 57. med. 5. *Pufend.* Tom. 3. obſ. 83.
(5) *Stryk* uſ. mod. h. t. §. 5.
(6) *Heineccii* diſſ. de marito tutore et curatore uxoris legitimo, in opuſc. n. 24.
(7) *Püttmann* de inimicitiis capitalibus. earumque in iure effectibus; in adverſar. lib. 1. pag. 1. ſqq.

§. 246. Excuſation von der Curatel.

Die bisher angeführte Entſchuldigungen gelten alle ſowohl bey der Tutel als Curatel. Noch eine Entſchuldigung iſt übrig, die ſich allein auf die Curatel bezieht. Wer nemlich Tutor geweſen iſt, der wird nicht gezwungen, Curator zu werden. Dann niemand ſoll mit einer doppelten Laſt belegt werden. Ob aber dieſe Entſchuldigung noch heutigestags ſtatt finde, iſt zweifelhaft. Beyer (* [1]) Carpzov (* [2]) und andere (* [3]) glauben, ſie finde ſtatt. Aber richtiger iſt doch wohl das Gegentheil (* [4]). Dann die deutſche Geſetze wiſſen von dem Unterſchied unter Tutel und Curatel nichts.

(1) Ad Inſt. h. t. th. 8. auch in Diſſ. de hodierna tutorum et curatorum different. §. 12.
(2) Part. 2. conſt. 11. def. 10.
(3) *Struv.* ſyntagm. iur. civ. h. t. theſ. 51. *Lauterb.* lib. 26. tit. 9. append.

§. 4. p. 634. *Berger* oec. iur. p. 171. edit. vet. *Wernher* Part. 4. obſ. 380. *Pufendorf* Tom. 2. obſ. 12.

(4) *Kortholt* diſſ. de differ. iur. rom. et Heilbronnenſ. in tutelis §. 28.

§. 247. Deutſches Recht.

1) Von dem heutigen Gebrauch der Entſchuldigungen habe ich ſchon bey jeder derſelben das nöthige angemerkt. 2) Allerdings muß man auch in dieſer Materie zuforderſt auf die Provinzial- und Localgeſetze Rückſicht nehmen (* 1). Sind dergleichen nicht vorhanden; ſo bleibt man bey dem römiſchen Recht; in ſo weit es auf unſere Verfaſſung paſſet. (§. 240.) 3) Die freywillige Entſchuldigungen ſind aber bey uns weit ſeltener als bey den Römern. Dann ein römiſcher Vormund mußte ſein Amt ganz umſonſt führen. Hingegen unſere Vormünder bekommen ein Salarium. Daher iſt es bey uns gewöhnlicher, daß man Vormundſchaften ſucht, als daß man ſich davon entſchuldigt. 4) Der Ehemann kann in Deutſchland Curator ſeiner Frauen ſeyn. Wann ich nemlich eine Perſon heyrathe, welche unter der Vormundſchaft ſteht: ſo behält der bisherige Vormund ſeine Adminiſtration bis zur Maiorennität. Verheyrathet ſich hingegen eine Perſon, deren Vater noch lebt, und ſie wird während der Ehe beerbt: ſo bekommt ſie keinen fremden Curator, ſondern der Ehemann führet die Adminiſtration ihrer Paraphernalgüter (* 2). 5) In Sachſen ſtehen alle Weibsperſonen, verheyrathete und unverheyrathete, unter einer lebenslänglichen Curatel. Die Pflicht eines ſolchen Curators iſt, daß er die Weibsperſon in ſolchen Geſchäften, bey denen ſie leicht lädirt werden kann, mit Rath inſtruire. Er hat alſo keine Güterverwaltung; und ökonomiſche Geſchäfte kann die Weibsperſon gültig ohne ihn verrichten (* 3).

(1) Einige derſelben hat *Ienichen* diſſ. de excuſat. tut. et curat. Giſſ. 1755. geſammelt.

(2) *Thomaſius* in not. ad I. h. t. p. 117.

(3) *Tob. Iac. Reinharth* diſſ. de genuinis curae ſexus et aetatis differentiis Erf. 1728.

TIT. XXVI.

De ſuſpectis tutoribus et curatoribus.

§. 248. Uebergang zu dieſem Titel.

Die Tutel und Curatel werden bisweilen durch Remotion oder Abſetzung des Tutors und Curators geendigt. Von dieſer wird im gegenwärtigen

tigen Titel gehandelt, und damit der Schluß der Vormundſchaftslehre gemacht.

§. 249. Warum wird ein Vormund removirt?

Ein Vormund wird removirt, wenn er verdächtig iſt. Verdächtig aber iſt er, wann er entweder vorſetzlich doloſe oder aus Nachläßigkeit (culpoſe) ſeiner Pflicht kein Genüge leiſtet. Nemlich die Abſicht einem zu ſchaden, heiſt bey den Juriſten *dolus*; Mangel des gehörigen Fleiſſes *culpa*. Dieſe letzte iſt entweder *lata*, oder *levis* oder *leviſſima*. Die äuſſerſte Nachläßigkeit, zu der nur die ſorgloſeſten Menſchen fähig ſind, heiſt *culpa lata*. Eine Nachläßigkeit von geringerm Grade, die auch ein ordentlicher Menſch wohl bisweilen begeht, *culpa levis*; und ein ganz geringes Verſehen, die Unterlaſſung der höchſten und äuſſerſten Attention, *culpa leuiſſima*. (§. 754. 757. 758.) Daß ein Vormund a) um eines vorſetzlichen dem Pupillen zugefügten Schadens removirt werden könne, iſt gewiß. Eben ſo gewiß iſt b) daß er wegen einer culpa lata abgeſetzt werden könne, und c) daß culpa leuiſſima dazu nicht hinreiche. Aber wie ſteht es mit der culpa leui? Einige Juriſten glauben, daß ſie zur Abſetzung hinreiche (* [1]). Allein nach der Leg. 7. §. 1. h. t. iſt die richtigere Meynung, daß culpa leuis keine Remotion begründe (* [2]).

(1) J. E. *Manz* ad pand. h. t. Qu. 4. n. 27. *Wiſſenbach* ad leg. 9. C. h. t.
(2) *Lauterb.* coll. theor. pract. h. t. §. 10. *Berger* reſol. L. L. obſtant. h. t. Strube rechtl. Bed. 1. Th. 199. Seite, 2. Th. 473. Seite.

§. 250. Jeder Bürger kann den Vormund anklagen.

Wann ein Vormund verdächtig iſt: ſo liegt dem Staate ſelbſt daran, daß er removirt werde; daher erlauben die römiſche Geſetze jedem Bürger den verdächtigen Vormund anzuklagen, und dieſe Klage heiſt *crimen ſuſpecti*, d. i. accuſatio ſ. poſtulatio ſuſpecti (* [1]). Die Definition davon, welche der Autor giebt, wird im folgenden Paragraph Wort für Wort erklärt werden.

(1) Prooem. I. h. t. *Noodt* ad tit. Pand. de ſuſpect. tutor. *I. H. Boehmer* diſſ. de crimine ſuſpecti cap. 1. §. 10. in Ex. ad Pand. Tom. 6. p. 64.

§. 251. Was iſt die accuſatio tutoris ſuſpecti?

Die Anklage des Vormunds iſt eine accuſatio quaſi publica. Publica heiſt ſie, weil ſie jeder Bürger anſtellen kann. Aber ſie iſt doch nicht *vere*, ſondern nur quaſi publica. Dann accuſationes vere publicae entſtanden aus einem öffentlichen Verbrechen, und wurden bey dem Präfectus Urbi, der die peinliche Gerichtsbarkeit hatte, angeſtellt. Die Anklage des Vormundes aber entſteht aus keinem öffentlichen Verbrechen, und wird auch nicht vor dem peinlichen Richter, ſondern vor dem Prätor oder einer andern Obrigkeit, welche die Civil-Gerichtsbarkeit hat, angeſtellt (* [1]).

Die Anmerkung ſagt: die Juriſten bedienen ſich der Partikel quaſi, um anzudeuten, daß ein Wort nicht im eigentlichen Verſtande genommen werde. Sie reden daher von quaſi contractibus, quaſi delictis, quaſi poſſeſſione, quaſi traditione, accuſationibus quaſi publicis, remediis quaſi poſſeſſoriis u. ſ. w. (* 2).

(1) *Boehmer* diſſ. cit.
(2) *Io. Dav. Dieterich* diſſ. de genuina quaſi notione iuridica, Goett. 1740.

§. 252. Wer kann ſie vornehmen?

Die Anklage eines verdächtigen Vormundes iſt quaſi publica. Alle Bürger können daher die Vormünder anklagen. Die Mitvormünder ſind dazu verbunden; andere Perſonen aber haben nur die Erlaubniß dazu. Etwas beſonderes iſt, daß ſogar Weibsperſonen, die ſonſt nicht anklagen dürfen, doch zu dieſer Anklage gelaſſen werden. Die Urſache liegt in der groſſen Gunſt der Geſetzgeber gegen die Pupillen. Nicht nur Verwandte des Pupillen, ſondern auch andere, die nur Freundinnen von ihm ſind, können anklagen. Der Pupill ſelbſt hingegen wird zur Anklage nicht gelaſſen; weil ihn ſeine Jugend hindert, einen gerichtlichen Vortrag zu thun, (perſonam ſtandi in iudicio non habet). Dieſer Mangel ſteht dem Minderjährigen nicht im Wege; daher kann er den Curator anklagen. Nur müſſen die Verwandte in die Anklage willigen; weil der Minderjährige für ſich allein nicht Einſicht genug hat. Klagt niemand den ungetreuen Vormund an: ſo iſt die Obrigkeit Amtswegen (ex officio) ſchuldig, einen Ankläger zu beſtellen, und nach unterſuchter Sache den ungetreuen Vormund zu removiren. Indeſſen geſchah dieß bey den Römern ſelten; weil die römiſche Magiſtratus gar weitläuftige Jurisdictionsbezirke hatten, und die Vormundsrechnungen erſt zu Ende der Tutel abgelegt wurden. In Deutſchland ſind dergleichen von Amtswegen geſchehene Abſetzungen häufiger; denn unſere Obrigkeiten haben kleinere Gerichtsſprengel, und nehmen den Vormündern alle Jahr die Rechnung ab; erfahren alſo leichter, als die römiſche Magiſtratus, des Vormundes üble Haushaltung.

§. 253. Welche Vormünder können angeklagt werden?

Alle Vormünder, die nicht pflichtmäßig wirthſchaften, können angeklagt und abgeſetzt werden. Wie aber wann der angeklagte Vormund Beſſerung verſpricht, und ſich zu einer hinlänglichen Caution offerirt? Dieß hilft ihn nichts. Dann die Rechtsgelehrte haben die Regel: es iſt beſſer einen Schaden verhüten als ihn geſchehen laſſen, und ſich dann erſt nach Heilungsmitteln umzuſehen; (melius eſt ab initio rem ſartam tectam ſeruare, quam vulnerata cauſa remedium quaerere), und die Caution ſetzt auch den Pupillen nur gegen

gegen erweißlichen Schaden in Sicherheit. Wie manchen Schaden aber kann der Vormund thun, welcher verborgen bleibt, oder nicht erweißlich iſt. Oder, wie es in dem §. 12. I. h. t. heiſt: ſatisdatio tutoris propoſitum malevolum non mutat, ſed diutius graſſandi in re familiari facultatem praeſtat.

Auch geſetzliche Vormünder können removirt werden. Weil ſie aber doch mit dem Pupillen nahe verwandt ſind: ſo gereicht ihre Abſetzung auch dieſem zur Beſchimpfung; dann einen untreuen ſchlechten Mann zum Vetter zu haben, iſt keine Ehre. Daher giebt man lieber in dieſem Falle dem ungetreuen Tutor, ſtatt ihn ganz abzuſetzen, nur einen Curator bey, der die Verwaltung der Güter über ſich nimmt (* 1).

(1) *Brenkmann* de evrematicis, cap. 6. p. 88.

§ 254. Zweck dieſer Anklage.

Die Anklage von der wir reden, hat den Zweck, daß der untreue Vormund abgeſetzt werde. I.) Weil es aber gefährlich wäre, während des Proceſſes den Vormund noch ſein Amt fortführen zu laſſen, und man es ihm doch auch nicht gänzlich nehmen kann, ehe er überwieſen und verurtheilt iſt: ſo ſuſpendirt man ihn während dieſer Zeit. II.) Wird er unſchuldig befunden: ſo bekommt er die Tutel wieder: iſt er aber ſchuldig, ſo wird er abgeſetzt, und dabey für infam erklärt, wann er eines Betrugs überführt worden iſt. Viele Juriſten behaupten zwar, der Vormund werde auch ehrlos, wann er ſich die äuſſerſte Nachläßigkeit zu Schulden kommen laſſe (* 1); aber richtiger iſt, daß er in dieſem Fall ſeiner Ehre ohne Schaden removirt werde (* 2). Die §. 6. I. h. t. ſagt ausdrücklich: ſuſpectus autem remotus, ſi quidem ob dolum famoſus eſt, ſi ob culpam non aeque. Auf gleiche Weiſe redet Ulpian in der L. 3. §. 5. und L. 18. D. h. t. auch Diocletian in der L. fin. C. h. t. In der L. 7. §. 1. D. h. t. heiſt es: ſi fraus non ſit admiſſa, ſed lata negligentia, quia iſta prope fraudem accedit, removeri hunc *quaſi ſuſpectum* oportet. Anderer Gründe nicht zu gedenken.

(1) *Bachov* ad *Treutlerum* Vol. 2. diſp. 9. theſ. 4. *Vinnius* ad §. 6. I. h. t. Wenigſtens alsdann, wann er in ſeinen eigenen Geſchäften weniger nachläßig ſey. *Huber* h. t. §. 7.

(2) *Lauterb.* coll. th. pr. h. t. §. 14. *Franzk.* exercit. 3. Q. 8. *Brunnemann* ad L. 2. et fin. C. h. t. *Struv* Exercit. theſ. 52. et 55. ibique *Müller*. *Otto* ad §. 6. I. h. t. *Grimmeiſen* diſſ. de tutore ob culpam latam remoto haud infami, Marb. 1753.

§ 255. Fortſetzung.

Zuweilen wird die Anklage des Vormundes auch dahin gerichtet, daß er mit willkührlichen Strafen belegt werde. Dieß geſchiehet, wann der Vormund in einem hohen Grade treulos und boshaft gegen den Pupillen gehandelt,

handelt, z. E. ihm nach dem Leben geſtanden hat; und in dieſem Fall lieferte ihn der Prätor an den Präfectus Urbi, als den peinlichen Richter in Rom aus, um ihm die gebührende Strafe zu dictiren.

§. 256. Beendigung derſelben.

Die Anklage des verdächtigen Vormundes iſt darauf gerichtet, daß er removirt und allenfalls auch mit einer Strafe belegt werde. Beyde Zwecke fallen weg, wann der angeklagte Vormund während des Proceſſes ſtirbt. Sobald alſo dieſes geſchieht, hört der ganze Proceß auf. Wird die Vormundſchaft auf andere Weiſe, z. E. weil der Pupill mündig wird, geendigt: ſo hört der Proceß nur in ſo weit auf, als auf die Remotion des Vormundes geklagt worden iſt; aber der gebührenden Beſtrafung wegen kann er fortgeſetzt werden. Fragt man aber, wie kommt dann der Pupill zu ſeiner Entſchädigung: ſo iſt die Antwort: durch die Klagen, welche wir oben kennen gelernt haben: *actionem tutelae* gegen des Vormundes Erben; *actionem ex ſtipulatu* gegen die Bürgen; *actionem hypothecariam* gegen die, welche etwas von dem Vermögen des Vormundes an ſich gebracht haben, und durch die *actionem ſubſidiariam* gegen die Obrigkeit.

§. 257. Deutſches Recht.

Heutigestages ſind die Anklagen untreuer Vormünder ſelten; dann die Obrigkeit muß jährlich Rechnung von den Vormündern fordern. Daraus ergiebt ſich meiſtens ſchon, ob ſie gut oder ſchlecht wirthſchaften. Wann ſich das letzte zeigt: ſo muß die Obrigkeit von Amtswegen eine Unterſuchung anſtellen, und darf auf keinen Ankläger warten.

LIB. II. TIT. I.

De rerum diuiſione et adquirendo earum dominio.

§. 258. Uebergang zu dieſer Lehre.

Oben iſt ſchon bemerkt worden, daß die Verfaſſer der Inſtitutionen der Jurisprudenz drey Gegenſtände zuſchreiben: ſie ſagen, die drey Rechtsobjecte ſind **Perſonen**, **Sachen** und **Klagen**. Der erſte dieſer Gegenſtände

genſtände iſt bisher abgehandelt worden. In dem gegenwärtigen zweyten Buche, auch noch im dritten und Anfang des vierten wird von dem zweyten Object, den Sachen, gehandelt werden.

§. 259. 260. Was ſind Sachen?

Die erſte Frage muß alſo hier ſeyn; was ſind Sachen? Die Juriſten machen einen Unterſchied zwiſchen Sachen und Gelde. Sowohl jenes als dieſes Wort hat dreyerley Bedeutungen. Sachen im weitläuftigſten Verſtande ſind alle Gegenſtände des Rechts, die nicht Perſonen und nicht Klagen ſind. Alſo auch Handlungen, Verträge, Teſtamente und andere letzte Willensverordnungen gehören hierher. Im engern Verſtande aber ſind Sachen diejenige Rechtsobjecte, welche keine Perſonen, keine Klagen und keine facta ſind. So ſagt man z. E. promittitur *aut res aut factum*, und ſetzt alſo die Sachen den factis entgegen. Endlich im allerengſten Sinne bedeutet res die körperliche Dinge, oder zuſammengeſetzte Subſtanzen; und ſo wird es genommen, wann man res und iura einander entgegen ſetzt. Man ſehe unten §. 364.* *Pecunia* hingegen in der weitläuftigſten Bedeutung iſt alles, was ein Menſch wirklich im Vermögen hat. In dieſem Verſtande nehmen es die Geſetze der 12 Tafeln, wann ſie ſagen: uti pater familias legaſſit ſuper pecunia ſua, ita ius eſto. In engerer Bedeutung begreift dieß Wort nur die fungibele Sachen, d. i. bewegliche Sachen, von denen man im Commerz ſo viel an Maaß, Zahl und Gewicht bekommen kann, als man verlangt. In dieſer Bedeutung kommt es in der L. 19. et 30. D. de legat. I. vor. Endlich pecunia in der ſtrengſten Bedeutung iſt geprägtes Metall (* 1).

(1) *Briſſon.* de verb. ſignif. voc. pecunia. *Weſtenberg* de cauſ. obligat. diſſ. 3. cap. 2. §. 11.

§. 261. Eintheilung der Sachen.

Die Sachen ſind nach dem römiſchen Recht entweder *diuini*, oder *humani iuris*; die erſtere entweder *ſacrae*, oder *ſanctae*, oder *religioſae*. Nemlich res diuini iuris heiſt eine Sache, die aus Religionsgründen dem Commerz entzogen iſt, (commercio hominum exemta eſt Deorum gratia.) Iſt ſie zum Gottesdienſt beſtimmt: ſo heiſt ſie *res ſacra*. Wann ſie zur Aufbewahrung eines menſchlichen Leichnams, und zur Ehre eines Verſtorbenen dient: ſo heiſt ſie *res religioſa*. Endlich res ſancta, iſt eine Sache, die des öffentlichen Beſten wegen durch eine Poenalſanction gegen Beleidigungen geſichert iſt. Das heiſt eine Sache, in oder an welcher man ſich nicht vergehen darf, ohne ſich einer härteren Strafe auszuſetzen, als dieſe Vergehung bey andern Dingen nach ſich zieht. Dieſe

res ſanctae werden alſo nur uneigentlich zu den rebus diuini iuris gerechnet. Dann ſie ſind dem Commerz nicht entzogen, und haben keine Verbindung mit Religion (* [1]) ; blos darum weil ſie eben ſo heilig und unverletzlich ſind, als res diuini iuris, hat man ſie dieſen beygezählt.

(1) *D'Arnaud* var. coniect. L. 1. cap. 14.

§. 262. Was ſind res ſacrae ?

Res ſacrae alſo waren Dinge, die man den Göttern conſecrirt hatte; Tempel, Kapellen, Altäre, Opfergeräthſchaft und dergleichen. Dieſe Conſecration geſchah von den pontificibus; und in den Zeiten der Kayſer auch von dieſen; weil ſie den Titel und das Amt eines pontifex maximus führten. Unſer Autor (* [1]) behauptet in der alten Edition dieſes Buchs, (§. 314.) die res ſacrae wären nur den Diis ſuperis, den Himmelsgöttern geweiht geweſen; aber ohne Grund, dann man findet häufig, daß Tempel, Altäre, und andere heilige Sachen den Höllengöttern, dem Pluto und der Proſerpine, auch Halbgöttern z. E. dem Hercules geweiht waren (* [2]).

(1) Auch *Polyc. Leyſer* diſſ. de veterum ICtorum diviſionibus non iuridicis, pag. 8

(2) *Leyſer* ſp. 22. med. 1. *Otto* ad § 8. I. h. t.

§. 263. Grundſätze von dieſen Dingen.

Die res ſacrae waren nach römiſchen Grundſätzen den Göttern eigen. Sie gehörten alſo 1) keinem Menſchen. Folglich konnten ſie 2) nicht geſchätzet, nicht verpfändet, nicht veräuſſert, und nicht zu einem profanen Gebrauch angewendet werden. Und wann 3) auch ein heiliges Gebäude zuſammen fiel, oder abgebrochen wurde, ſo blieb doch der Platz heilig. Nur alsdann wann a) ein Ort von den Feinden erobert wurde, hörten die darin befindliche Tempel, Altäre, u. ſ. w. auf heilig zu ſeyn. Dann man glaubte, die Götter hätten den Ort verlaſſen. Oder b) wann die Prieſter eine heilige Sache durch eine Ceremonie, welche *evocatio ſacrorum* hieß, entweihten.

§. 264. Was ſind res religioſae?

Res religioſae waren Gräber und Grabmäler (* [1]). Die Römer glaubten, daß jeder Menſch ſeine manes habe; eine Art von geiſtigem Weſen, welches in und um ihn wäre, und auch nach dem Tode den Leichnam nicht verlaſſe. Daher hielten ſie Gräber und Grabmale für etwas heiliges, und ſetzten gewöhnlich die Ueberſchrift M. S. oder D. M. S. das heiſt Manibus ſacrum, Diis Manibus ſacrum darauf. Ein jeder Ort wurde alſo locus religioſus, ſo bald ich einen Todten hineinlegte. Nur mußte es a) locus *privatus* ſeyn; dann an einen öffentlichen Platz, der nicht zu Begräbniſſen beſtimmt

ſtimmt war, durfte man keine Leiche legen (* 2); b) *proprius.* Wann ich ein Cadaver auf eines andern Platz begrub, ſo konnte er mich belangen, es entweder wieder wegzunehmen, oder den Platz zu bezahlen. c) *purus.* Wann ſchon vor Zeiten Leichname an dem Ort gelegen hatten, ſo wurde er nicht jetzt erſt religioſus.

(1) *Georg. Chriſtoph. Platz* de religione ſepulchrorum, Lipſ. 1725.
(2) Locus publicus non poteſt privata religione obligari, ſagt *Cic.* de legib. lib. 2. cap. 23.

§. 265. Fortſetzung.

Daraus folgt, 1) ein Cenotaphium iſt nicht locus religioſus. Ein Cenotaphium oder Ehrenbegräbniß errichtete man einem, wenn man ſeinen Leichnam nicht haben konnte, z. E. weil er im Krieg verlohren gegangen, oder ertrunken war. Weil in einem ſolchen Begräbniß kein Leichnam, und folglich keine manes waren; ſo war es nicht heilig (* 1). 2) Die Gräber konnten nicht gekauft, verkauft, verpfändet, verſchenkt, vermacht werden ꝛc. Das Recht, einen Leichnam in mein Grab zu legen, konnte ich einem geben, aber das Grab ſelbſt war kein Stück meines Vermögens (non erat in bonis); und konnte alſo auch nicht auf andere übertragen werden. Wann ich indeſſen auf meinem Land eine Grabſtätte hatte, und das Stück Land verkaufte; ſo bekam der Käufer auch das Grab als ein Pertinenzſtück. L. 24. D. de contrah. emt. (* 2). 3) Wann ein Leichnam an verſchiedenen Orten begraben war, weil man z. E. nach einem Treffen nur einige Glieder gefunden hatte, ſo war nur der Ort religiös, wo der Kopf lag (* 3) 4) Wann ich einen Leichnam an einen Ort legte, welcher dem Staat oder einem andern Bürger gehörte: ſo war ich zwar nicht ſchlechterdings ſchuldig, ihn wegzunehmen; dann die manes wurden, wie man glaubte, dadurch geſtöhrt; ſondern ich hatte nur die alternative Verbindlichkeit, entweder das Cadaver wegzunehmen, oder den Werth des Orts zu bezahlen. 5) Der Platz, wo ein Todter gelegen hatte, war ſo lange religiös, bis die Aſche und Gebeine durch die Pontifices weggebracht wurden. Da ſich dieß alles auf den Aberglauben an die manes bezog: ſo iſt zu verwundern, daß noch die chriſtliche Kayſer Valentinian, Theodoſius und Arcadius das angeführte Geſetz darauf gründen.

(1) *Herm. Cannegieter* obſ. iur. rom. lib. 3. cap. 5.
(2) *Ant. Matthaei* A. F. A. N. commentar. ad l. h. t. n. 71.
(3) *Cannegieter* l. c. lib. 1. cap. 14.

§. 266. Was ſind res und perſonae ſanctae?

Sanctum heiſt alles, was in einem höhern Grade unverletzlich iſt; woran ſich niemand bey ſchwerer Strafe vergreifen darf. Man hat daher

heilige Sachen, und heilige Perſonen. Heilige Sachen waren die Stadtmauern; der Gang auſſer der Mauer (pomoerium); die Palliſaden des Lagers, (vallum); die Thore; die Statuen der Kayſer ꝛc. Heilige Perſonen waren die Eltern, Patronen, Tribunen des Plebs, die Geſandten, die Kayſer ꝛc.

§. 267. Fortſetzung.

Niemand konnte daher 1) etwas in die Mauer oder Thore bauen; z. E. einen Keller hinein graben, Balken hinein legen, ein Gebäude darauf ſetzen. 2) Nicht einmal repariren durfte man ſie ohne des Landesherrn, oder in den Provinzen ohne des Gouverneurs Einwilligung. 3) Wer aus feindſeligen Abſichten über die Mauern ſtieg, oder ſie verdarb, hatte das Leben verwirkt. Daß Remus von ſeinem Bruder Romulus unter dieſem Vorwande erſchlagen wurde, iſt aus der römiſchen Geſchichte bekannt.

§. 268. Ideen der erſten Chriſten in Anſehung der heiligen Sachen.

Daß das bisher vorgetragene nach Aberglauben ſchmecke, bedarf kaum einer Erinnerung. Dann Superſtition iſt es, daß gewiſſe Sachen ein beſonderes Eigenthum, eine Wohnung der Götter ſeyen; und in den Gräbern manes oder Geiſter ſich aufhalten. Indeſſen hat ſich doch die Meynung, daß eine Sache durch die Conſecration eine innere Heiligkeit erhalte, und ein beſonderes Eigenthum Gottes werde; daß dieſe Sachen alſo nicht taxirt, nicht verpfändet und nicht veräuſſert werden dürften, auch bey den Chriſten erhalten. Die heydniſche Prieſter hatten ſie zu ihrem Vortheil ausgedacht. Dann wann eine heilige Sache nicht wieder profan werden kann: ſo wird die Zahl dieſer Sachen immer vermehrt und nie vermindert. Den Kirchenvätern, welche in der Philoſophie nicht ſehr ſtark waren, ſchienen dieſe Grundſätze fromm und religiös, und die Cleriſey fand ihre Rechnung dabey. Daher wurden Kirchen, Mauern, Altäre, Gräber u. ſ. w. theils Gott, theils den Heiligen geweihet; und die Lehre, daß dieſe Dinge dem Commerz dadurch entzogen würden, herrſcht im Titel des Codex de S. S. Eccleſiis, und im ganzen canoniſchen Rechte.

§. 269. Was ſind res eccleſiaſticae?

Man behielt alſo die res ſacras bey, und es kam noch eine neue Art von Dingen dazu, die man res eccleſiaſticas nennte, und welche darin von jenen unterſchieden iſt, daß jene unmittelbar, dieſe nur mittelbar zum Gottesdienſt abzwecken. Man verſteht nemlich darunter Kirchengüter, liegende Gründe, Capitalien, Zehenden und andere Gefälle, welche zur Beſoldung der Kirchendiener, Unterhaltung der Kirchengebäude, und Beſtreitung anderer Ausgaben

dienen.

dienen. Dieſe Dinge können veräuſſert werden, wann es nöthig, oder der Kirche nützlich iſt. Die Veräuſſerung iſt alſo erlaubt, wann die Kirche Schulden hat, und ſie nicht anderſt als durch Angreifung ihrer Güter tilgen kann. Oder die Kirche hat liegende Güter, die ſich ſchlecht verintereſſiren; das Kaufgeld aber kann ſicher und auf höhere Zinſen ausgeliehen werden. Nur iſt nöthig, daß der Biſchof eine Unterſuchung anſtelle, und alsdann ein Veräuſſerungsdecret ertheile.

§. 270. Lehrſätze des canoniſchen Rechts von den religioſen Sachen.

Das canoniſche Recht hat auch die res religioſas beybehalten: wiewohl nicht ganz in dem Sinne, wie das römiſche Recht. Es rechnet nemlich unter die res religioſas nicht nur Gräber und Todtenäcker, ſondern auch alle milde Stiftungen, (quae piae cauſae inſeruiunt) **Hoſpitäler**, (xenodochia) **Wayſenhäuſer**, (orphanotrophea) und **Armenhäuſer**, (ptochotrophea). Daher werden die Todtenäcker mit Weihwaſſer benediciret, und ſind der geiſtlichen Jurisdiction des Biſchofs unterworfen. Auch werden Ketzer, Heyden und Excommunicirte nicht auf ſolche geweihte Gottesäcker begraben. Proteſtanten aber dürfen nach den im Religions- und Weſtphäliſchen Frieden aufgeſtellten Grundſätzen davon nicht ausgeſchloſſen werden.

§. 271. Proteſtantiſche Begriffe.

Was die Lehre der Proteſtanten in dieſem Punct betrift, ſo glauben wir 1) nicht, daß Sachen, welche bey dem Gottesdienſte gebraucht werden, eine innere Heiligkeit hätten, und ein beſonderes göttliches Eigenthum, mehr als andere Dinge, wären. Will jemand indeſſen dieſe Dinge res ſacras nennen, ſo kann man ihm die Benennung wohl erlauben. 2) Wir veräuſſern auch dieſe Sachen, ſo wie die (res eccleſiaſticas), wann es die Noth, oder der Nutzen der Kirche erfordert; nur muß das Conſiſtorium die Sache unterſuchen, und die Alienation erlauben. 3) Wir haben geheiligte Sachen und geheiligte Perſonen, (res ſanctas et perſonas ſanctas); und noch mehr als die Römer. Alle öffentliche Perſonen, Geſandte, Obrigkeiten, Gerichtsdiener, Soldaten, doch die drey letztere nur alsdann, wann ſie in der Ausübung ihres Amtes und Dienſtes begriffen ſind, ſind heilig. Dann wer ſie alsdann beleidiget, ſetzt ſich einer härtern Strafe aus. Geheiligte Sachen ſind Reſidenzen und Wohnungen des Landesherrn; auch andere Oerter, an welchen vermöge beſonderer Geſetze Niemand bey ſchwerer Strafe freveln darf. Man nennt dieſe Heiligkeit der Reſidenzen Schlöſſer und anderer privilegirten Oerter den **Burgfrieden**. Einem jeden ſein eigenes Haus, dann wer mich in meinem Hauſe beleidigt, iſt ſtrafbarer, als wer es anderwärts thut; er beleidigt, wie man ſagt, den **Hausfrieden** (* [1]); die öffentliche Oerter, wo jemand

 ſein

ſein Amt ausübt, z. E. Fechtboden, Tanzboden, Reitbahne rc. 4) Will jemand Gräber und Todtenäcker res religioſas nennen, ſo iſt es kein Fehler. Aber da wir an die manes nicht glauben, ſo rechnet man doch ſchicklicher dieſe Dinge unter die res ſanctas. Dann wer ſich daran vergreift, wird mit einer härtern Strafe belegt, als wer andere Sachen violirt. Die Begräbniſſe in Kirchen und auf Todtenäckern ſind auch bey uns dem Commerz nicht entzogen, ſondern können verkauft, verſchenkt, vermacht werden, u. ſ. w. ſo gut wie andere Dinge. Endlich weihen wir auch die Todtenäcker nicht, und ſchlieſſen daher keine chriſtliche Secte, auch keinen Ketzer davon aus.

(1) *Io Sam. Stryk* diſſ. de ſanctitate reſidentiarum. Eſtors kl. Schriften, 2 Th. 467. u f. Seite.
(2) *Georg. Beyer* diſſ. de violatione ſecuritatis domeſticae, in opuſc. n. 7. *Frid. Gottl. Struv* tract. de pace domeſtica Ien. 1713. 4. *Frid. Gerdes* diſſ. de pace domeſt. in Opp. Part. 2. p. 225. ſqq.

§. 272. Eintheilung der rerum humani iuris

Die res humani iuris ſind entweder **in dem Eigenthum der Menſchen, oder nicht.** Die letzte heiſſen *res communes negatiue tales*, *res nullius*, **herrenloſe Sachen.** Die erſte ſind entweder im Eigenthum eines **ganzen Volkes**, oder einer **Univerſitas**, oder **einzelner Menſchen**; alſo entweder **Staatsgüter** *(res publicae)*; oder **Allmandsgüter** *(res univerſitatis:* oder Privatvermögen *(res priuatae*, *res ſingulorum)*. S. die 10. Tabelle. Hiebey iſt noch zweyerley anzumerken. 1) Das Wort publicae res bedeutet zuweilen alle Sachen, welche nicht im Eigenthum einzelner Menſchen ſind, begreift alſo die res communes, res populi und res univerſitatis. Daher kommt es, daß die römiſche Juriſten dieſelbe Sache bald zu den rebus publicis bald zu den communibus rechnen (* 1). 2) Verſchiedene Rechtsgelehrten behaupten (* 2), daß die Römer keinen Unterſchied zwiſchen rebus publicis und communibus gemacht hätten; allein ohne Grund, wie die unten (* 3) angeführte Schriftſteller zeigen.

(1) *Waechtler* in not. ad Noodt. probabil. lib. 1. cap. 7. in opuſculis *Waechtleri* p. 220. *Weſtenberg* ad Pand. lib. 1. tit. 8. §. 15. ſqq.
(2) *Noodt* probabil. lib. 1. cap. 7. et. 8. *Gundling* ad Dig lib. 1. tit. 8. §. 14. *Barbeyrac* ad Grot. de iure bell. et pac. lib. 2. cap. 3. §. 9. not. 5. *Cocceii* ad *Grot.* l. c. p. 387.
(3) *Donell* in commentar. iur. civ. lib. 4. cap. 2. 3. 4. *Maranus* in paratitl. digeſt. lib. 1. tit. 8. p. 133. *Vinnius* ad pr. Inſt. h. t. *Schulting* in enarrat. ad Pand. lib. 1. tit. 8. §. 3. *Huber* praelect. ad Inſt. h. t. *Coſta* in not. ad pr. Inſt. h. t. *Waechtler* l. c. p. 255. ſqq. *Otto* ad pr. Inſt. h. t. *Wieling* lect. iur. civ. lib. 1. cap. 2. p. 37. *Gottfr. Maſcov* ad *Pufendorf* de I. N. et G. lib. 5. cap. 5. §. 2. not. 4. p. 538. *G. L. Boehmer* diſſ. de iure Principis

circa loca et opera publica, cap. 2. §. 5. ſqq. in Elect. iur. civ. Tom. I. p. 594. ſqq.

§. 273. Was ſind res nullius, publicae und uniuerſitatis?

Sachen alſo, welche in keines Menſchen Eigenthum ſind, die aber doch jedermann gebrauchen darf, heiſſen nullius, oder communes negatiue tales. Ich ſage *negatiue*. Dann wann eine Sache mehrern Menſchen gehört: ſo heiſt ſie auch communis, aber *affirmatiue talis*. (§. 290.) Publicae res gehören einem ganzen Staate, einem ganzen Volke. Res uniuerſitatis endlich ſind im Eigenthum einer Univerſitas. *Uniuerſitas*, nemlich *perſonarum*, iſt eine Geſellſchaft mehrerer Menſchen im Staate, welche ſich unter öffentlicher Auctorität zu einem gewiſſen und beſtändigen Zweck vereiniget haben (*1). Dergleichen ſind Stadt- und Dorfgemeinden, Gilden oder Zünfte, Academien u. ſ. w.

(1) *Caſp. Henr. Horn* diſſ. de poſſeſſione uniuerſitatis et quomodo ab eadem poſſedeatur. (Viteb. 1701.) §. 6. ſqq. *G. L. Boehmer* diſſ. cit. cap I. §. 13. p. 578. ſqq.

§. 274. Sachen die zu jeder Gattung gehören.

Herrenloſe Sachen ſind nach den Grundſätzen des römiſchen Rechts a) **die Luft**. Dann niemand iſt Eigenthümer derſelben; jeder Menſch aber kann ſie gebrauchen, wie und wozu er will. Nur bemerke man, daß die Luftſäule, welche über einem Grundſtück ſtehet, dem Herrn des Grundſtücks gehört; dergeſtalt, daß kein anderer einen Theil ſeines Gebäudes, Erker, Wetterdach u. d. g. hinein ragen laſſen darf. (§. 359.) Ferner b) **das vorbeyflieſſende Waſſer**. Aus einem Fluſſe nemlich kann jeder Menſch Waſſer ſchöpfen, ſo viel er braucht. c) **Das Meer**. Die See iſt niemanden eigen; niemand darf nach römiſchem Recht abgehalten werden, ſie zu beſchiffen. Auch d) die wilden Thiere gehören nach römiſchem Recht unter die res nullius; daher iſt jedermann die Jagd erlaubt. Publicae res ſind die **Seeküſten, die Flüſſe, Ufer der Flüſſe, Seehäfen, Landesſtraſen, öffentliche Plätze**, *fundi publici*, Aecker, Wieſen, welche dem ganzen Staate gehörten ꝛc. Das Schöpfen des Flußwaſſers nemlich iſt, wie geſagt, jedem Menſchen erlaubt; allein die übrige Nutzungen der Flüſſe gehören dem Volke, durch deſſen Territorium ſie flieſſen. Eben ſo verſtatteten die römiſche Geſetze allen Menſchen einen unſchädlichen Gebrauch der Seeküſten; allein die Küſte ſelbſt, ſo wie die Häfen, und die daraus zu ziehende Nutzungen eigneten ſie dem Volke zu, in deſſen Gebiet ſie ſich befinden. Res uniuerſitatis ſind die Schauſpielhäuſer, Rennbahnen, (ſtadia) Rathhäuſer, liegende Güter, Wälder, Wieſen, Aecker, Viehtriften, Gefälle und Capitalien die einer Univerſitas gehören, gemeine Brunnen, Backöfen, Brauhäuſer ꝛc.

§. 275.

§. 275. Zwey Gattungen der rerum uniuerſitatis und publicarum.

Sowohl die res publicae als die res uniuerſitatis ſind von zweyerley Art. Nemlich die publicae ſind entweder *publicae res* im ſtrengen Verſtand, oder *patrimonium populi*; und die res uniuerſitatis ebenfalls entweder eigentliche *res uniuerſitatis*, oder *patrimonium uniuerſitatis*. Publicae res in eigentlichem Verſtande ſind ein Eigenthum des ganzen Volkes, und jeder Bürger darf ſie gebrauchen. Dergleichen ſind die Flüſſe, Ufer der Flüſſe, Seehäfen, Landſtraſſen. Hingegen ſolche Dinge, welche zwar dem ganzen Volke gehören, aber doch nicht jedem einzelnen Bürger zum Gebrauch verſtattet ſind, gehören zum patrimonium populi ſ. reipublicae. Dahin gehören die fundi publici und alle Einkünfte des Staates (* 1). Auf gleiche Weiſe verſteht man unter den eigentlichen rebus uniuerſitatis, Sachen, welche der ganzen Univerſitas gehören, und jedes Mitglied der Univerſitas gebrauchen darf. Unter dem patrimonio uniuerſitatis aber Dinge, deren Gebrauch nicht jedem Mitglied der Univerſitas erlaubt iſt; ſondern deren Nutzungen zum gemeinen Beſten der Univerſitas verwendet werden. Z. E. gemeine Triften, gemeine Brunnen, Backöfen, Brauhäuſer, Todtenäcker ſind res vniuerſitatis in engerer Bedeutung, dann jedes Mitglied der Gemeinde kann Gebrauch davon machen. Aber Capitalien und Gefälle gehören zum Patrimonium der Univerſitas. Dann ſie werden zu Beſtreitung der gemeinen Ausgaben verwendet, und die einzelne Mitglieder der Univerſitas ſind nicht befugt, ſie zu benutzen. So war auch bey den Römern ein ſeruus publicus keine res vniuerſitatis ſtricte, ſondern patrimonium vniuerſitatis. Er mußte im Dienſte der ganzen Univerſitas, aber nicht jedes einzelnen Mitgliedes arbeiten.

(1) L. 6. pr. de contrah. emt. *G. L. Boehmer* diſſ. cit. cap. 1. §. 2.

§. 276. Deutſches Recht.

Die bisher vorgetragene Grundſätze des römiſchen Rechts ſind heutigestages nicht durchaus angenommen. Dann nicht jeder Bürger darf die Dinge gebrauchen, welche der Römer ad res nullius oder publicas ſtricte rechnet, und jedem Menſchen oder Bürger zu brauchen erlaubt. Sie ſind an den meiſten Orten zu den Regalien gezogen worden. Die Landesherren haben den Gebrauch dieſer Dinge gröſtentheils an ſich gezogen, weil ſie einen anſehnlichen Nutzen daraus ziehen können; anſtatt, daß wenn ſie publik ſind, und jedem zum Gebrauche frey ſtehen, ſie bald erſchöpft und zernichtet werden. Z. E. aus der Jagd und Fiſcherey kann der Landesherr Nutzen ziehen, wann ſie ihm allein zuſteht; aber ſobald jedermann jagen und fiſchen darf, wird die Wildbahn und Fiſcherey in kurzer Zeit gänzlich ruinirt ſeyn. Auch die Luft, ſobald

ſobald daraus ein wichtiger und beſonderer Nutzen gezogen werden will, gehört dem Landesherrn. Daher kann niemand ohne deſſen Erlaubniß eine Windmühle anlegen (* [1]). Ueber das Eigenthum des Meeres iſt in den neuern Zeiten viel geſchrieben worden. Beſonders iſt des Grotius Schrift mare liberum, und Seldens mare clauſum berühmt. Allgemeines und willkührliches Völkerrecht ſtimmen darin überein, daß der Ocean niemanden eigenthümlich zugehöre, noch zugehören könne; daß aber kleinere Meere im Eigenthum eines Volks ſeyn können, und daß auch der an das Land gränzende Theil des Oceans dem Volke gehöre, welchem das Land gehört.

(1) *Stryk* diſſ. de iure Principis aereo, cap. 4. n. 16. Opp. tom. 5. p. 624. *Klock* de aerar. lib. 2. cap. 8. n. 3. *Sam.*

§. 277. Von Privatſachen.

Privatgüter ſind Sachen, die einzelnen Menſchen gehören, das heiſt einem oder mehrern; nur müſſen die mehrere kein Volk ausmachen, ſonſt iſt die Sache res publica; auch keine uniuerſitatem, dann in dieſem Fall wäre es res uniuerſitatis.

§. 278. Eintheilung der Sachen in res uniuerſales und ſingulares.

Die zweyte Eintheilung der Dinge, welche in dieſem Titel vorkommt, iſt die in einzelne und allgemeine, *res ſingulares* und *uniuerſales*. Res ſingularis nemlich heiſt 1) eine körperliche Sache, die entweder a) zuſammenhängende homogene Theile hat; dergeſtalt, daß man nicht ſagen kann, hier hört der eine Theil auf, hier fängt der andere an, z. E. ein Tiſch, ein Bogen Papier; oder b) deren Theile zwar von verſchiedener Art, aber doch mit einander verbunden ſind, z. E. ein Haus, eine Uhr. 2) Wird auch ein einziges Recht z. E. das Eigenthumsrecht auf eine Sache, eine Servitut u. ſ. w. res ſingularis genennt. Res uniuerſalis aber, oder uniuerſitas rerum beſtehet aus mehreren, von einander verſchiedenen und abgeſonderten Dingen, die zuſammen als Ein Ding angeſehen, und unter Einem gemeinſchaftlichen Namen begriffen werden. Z. E. eine Erbſchaft kann aus vielerley beweglichen und unbeweglichen, körperlichen und unkörperlichen Dingen beſtehen. Dieſe alle zuſammen aber werden Erbſchaft genennt, und als Ein Ding angeſehen. Daher iſt die Erbſchaft eine res uniuerſitatis, oder uniuerſitas rerum. Eine Bibliothek beſteht aus mehreren Büchern, die aber zuſammen ein ganzes ausmachen, und einen gemeinſchaftlichen Namen führen. Sie iſt alſo auch eine uniuerſitas, oder res uniuerſalis.

Dieſe uniuerſitates aber ſind wieder zweyerley, entweder *iuris*, oder *hominis ſeu facti*. Die uniuerſitas iuris iſt a) von den Geſetzen ſelbſt für eine uniuerſitatem erklärt; b) die Geſetze verordnen, daß bey ihr die Regel gelten

ſoll: ſurrogatum ſapit naturam eius, in cuius locum ſurrogatum eſt, oder pretium ſuccedit in locum rei et res in locum pretii; das heiſt, wann eine Sache verkauft wird, die zu einer uniuerſitate iuris z. E. einer Erbſchaft gehöret, ſo iſt der Kaufſchilling auch ein Erbſchaftsſtück, (pretium ſuccedit in locum rei); desgleichen wann der Beſitzer einer Erbſchaft Geld aus der Erbſchaftsmaſſe nimmt, und damit eine Sache für die Erbſchaft (hereditatis cauſa) ankauft, ſo wird auch dieſe Sache ein Erbſchaftsſtück (res ſuccedit in locum pretii.) c) Die uniuerſitas iuris kann Rechte in ſich faſſen, z. E. zu einer Erbſchaft können Activforderungen gehören.

Alles dieſes verhält ſich anders in der uniuerſitate hominis oder facti. Dieſe iſt a) von den Geſetzen nicht als eine uniuerſitas anerkannt. b) Die Regel gilt bey ihr nicht, res ſuccedit in locum pretii, et pretium in locum rei, ſo wenig als bey einer re ſingulari. Wann z. E. jemand ein Waarenlager als das Seinige beſitzt, das mir gehört, und etwas daraus verkauft: ſo iſt das Geld nicht mein. So auch, wann jemand eine einzelne mir geſtohlene Sache verkauft: ſo iſt der daraus erlöſete Kaufſchilling nicht mein. L. 48. §. ult. D. de furt. Und wann jemand mit meinem Gelde eine Sache kauft: ſo iſt die Sache darum nicht mein. L. 21. C. de probat. c) Die uniuerſitas hominis kann keine Gerechtigkeiten und Anſprüche in ſich faſſen.

Uniuerſitates iuris finden ſich im römiſchen Recht nur zwey: Erbſchaft und *peculium*, Erbſchaft heiſt das geſamte Vermögen eines Verſtorbenen, peculium das Vermögen eines filii familias. M. ſ. unten §. 451. ſqq. Hingegen giebt es unzählige uniuerſitates hominis; z. E. eine Bibliothek; eine Heerde; ein Waarenlager; die Brautgabe einer Ehefrau; das Ameublement eines Hauſes; das Inventarium oder Schiff und Geſchirr eines Landgutes; das Handwerkszeug eines Profeſſioniſten; das Sortiment eines Buchhändlers, in Sachſen die Gerade und das Heergewelle. ꝛc.

§. 279. Die Dinge ſind entweder res mancipi oder nec mancipi.

Die dritte Eintheilung der Dinge iſt: res vel *mancipi* ſunt, vel nec *mancipi*. Die Beſchaffenheit dieſer Eintheilung iſt nicht ganz ausgemacht. Bynkershoek, Conradi, Hommel, Meermann, Rosmann und andere haben in beſondern Schriften davon gehandelt (* [1]). So viel weiß man wohl aus der angeführten Stelle Ulpians, daß die Häuſer und liegende Güter in Italien mit den ihnen anklebenden Rechten, die Sklaven und Laſtthiere res mancipi waren. Allein was war das Fundament und der Nutzen dieſer ganzen Diſtinction? Herr von Pufendorf am a. O. glaubt, daß es in dem Cenſus liege. Ein jeder Römer mußte ſeine Häuſer, liegende Güter, Sklaven und Laſtthiere in dem Schatzungsprotocoll einzeln und namentlich

mentlich angeben, ſein übriges Vermögen taxirte er überhaupt, und gab nur die Summe an. Jene Sachen, die man namentlich protocollirte, hieſſen res mancipi, alle andere nec mancipi. Die res mancipi konnten auch nicht anderſt von einem Bürger auf den andern übertragen werden, als durch eine ſolenne Handlung, welche *mancipatio* oder *nexus* hieß, und bey der wahrſcheinlich eine öffentliche Perſon zugegen war. Dieſe mancipatio hatte alſo ungefehr den Endzweck, wie das Ab- und Zuſchreiben in den Steuerbüchern, welches heutigestages gewöhnlich iſt, wann liegende Güter veräuſſert werden.

Die vierte Diſtinction der Dinge, die Eintheilung nemlich in körperliche und unkörperliche, wird in einem eigenen Titel, im zweyten dieſes Buchs vorkommen. Wir gehen alſo, nachdem wir den erſten Theil unſers Titels, *de rerum diuiſione*, abgehandelt haben, zum zweyten, *de adquirendo earum dominio*, über.

(1) Man ſ. die Lipeniſche Bibliothek, im Wort *res mancipi*.

§. 280. Das Recht iſt entweder dinglich oder perſönlich, oder Poſſeſſions-Recht, oder Recht zu occupiren.

Das Recht, welches einem Menſchen in Anſehung einer Sache zuſteht, heiſt *ius rerum*. Dieſes iſt viererley: *ius in re*, *ius ad rem*, *ius poſſeſſionis*, und *ius occupandi*. (S. die 11. Tabelle.) 1) Wann mir ein Recht unmittelbar auf eine gewiſſe Sache zuſtehet: und ich vermöge deſſen gegen jeden Beſitzer der Sache, welcher mir die Sache vorenthält, oder mich in der Ausübung meines Rechtes ſtöhret, klagen kann: ſo heiſt es ein dingliches Recht, *ius in re*. Kommt mir aber 2) das Recht gegen eine Perſon zu, welche verbunden iſt, mir etwas zu thun, oder zu geben: ſo heiſt es ein perſönliches Recht, *ius ad rem*. 3) Wann ich eine Sache beſitze: ſo habe ich um dieſes Beſitzes willen gewiſſe Befugniſſe, und dieſe heiſſen *ius poſſeſſionis*. Endlich 4) iſt jeder Menſch befugt, herrenloſe Sachen, res nullius, ſich zuzueignen; und dieſes Recht wird *ius occupandi* genennt. Insgemein ſagt man omne ius rerum *vel eſt in re*, *vel ad rem*, und läßt die beyden andern, das ius poſſeſſionis und ius occupandi aus. Allein ohne Grund. Dann dieſe beyden Rechte ſind eigene Gattungen, die ſich weder unter das ius in re, noch unter das ius ad rem bringen laſſen. Die Eintheilung des Sachenrechtes iſt alſo unvollſtändig, wann man dieſe beyde Gattungen wegläßt. Vom Poſſeſſionsrecht wird §. 281. 282. und 283. vom dinglichen und perſönlichen Rechte §. 284. u. f. f. vom Occupationsrechte §. 296. gehandelt werden.

§. 281. Was iſt das Poſſeſſionsrecht?

Um die Natur des **Poſſeſſionsrechts** einſehen zu können, müſſen wir zuvor lernen, was die **Poſſeſſion** mit ihren verſchiedenen Gattungen iſt, und um dieß zu lernen, den Begriff der **Detention** verſtehen.

Ich detinire eine Sache, wann ich das phyſiſche Vermögen habe, darüber zu diſponiren; wann es meine Kräfte erlauben, mit der Sache vorzunehmen, was ſich damit vornehmen läßt. Die **Poſſeſſion** oder der **Beſitz** aber heiſt **Detention einer körperlichen Sache, mit der Abſicht, ſie zu behalten.** Alſo zum Beſitz gehöret a) **Detention**, oder phyſiſches Vermögen, über die Sache zu diſponiren, dieſes drückt man auch ſonſt ſo aus: poſſeſſio eſt *facti* non *iuris*, der Beſitz iſt ein phyſiſches Vermögen, kein moraliſches, keine Befugniß. Sobald mir alſo meine Sache geſtohlen iſt: ſo bin ich nicht mehr im Beſitze, dann ich bin nicht mehr im Stande, darüber zu diſponiren. b) **Eine körperliche Sache.** Unkörperliche Sachen ſind nur im **Quaſi Beſitze.** c) Abſicht die Sache zu behalten; nicht gerade **als eigen** zu behalten, aber doch zu behalten z. E. als Miethsmann, als Pfandgläubiger, als Depoſitor, u. ſ. w. Wer alſo 1) gar keine ſolche Abſicht hat, der iſt nicht Beſitzer, ſondern bloſer Detentor. Z. E. jemand der bey mir zum Beſuch war, vergißt bey dem Abſchied ſeinen Degen mitzunehmen. Von dieſem Degen bin ich nicht Beſitzer, ſondern bloſer Detentor, weil ich ganz und gar keine Abſicht habe, ihn zu behalten. Oder ein anderes Beyſpiel aus der L. 41. D. de A. v. A. P. qui iure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur poſſidere; quia non eo animo ingreſſus eſt, ut poſſideat, licet corpore in fundo ſit.

2) Bey der Poſſeſſion ſind drey Fragen zu beantworten: a) **wie wird ſie erworben**, b) **wie erhalten**, und c) **wie verlohren?** Sie ſind leicht zu beantworten, wann man die vorhin gegebene Definition des Beſitzes vor Augen behält, und wann irgend eine juriſtiſche Lehre beweiſt, wie nöthig und nützlich auch in der Jurisprudenz richtige Definitionen ſind: ſo iſt es die Lehre vom Beſitz. Die ältere Rechtsgelehrten haben ſich um eine genaue Erklärung des Beſitzes viele Mühe gegeben, aber die richtige nicht gefunden. Daher iſt die Materie vom Beſitz immer ſchwer und dunkel geblieben, und es ſind viele Streitigkeiten entſtanden, welche unterblieben ſeyn würden; wann man von dem Weſen des Beſitzes einen richtigen Begriff gehabt hätte.

Alſo die erſte Frage iſt: **wie wird der Beſitz erworben**, und die Antwort: a) wann ich mir das phyſiſche Vermögen erwerbe: über die Sache zu diſponiren (*[1]); b) die Abſicht habe, ſie zu behalten; und c) beydes durch ein **körperliches Factum** zu erkennen gebe. Nemlich eine ſchriftliche oder mündliche Erklärung, daß ich im Beſitz ſey, oder ihn haben wolle, iſt nicht hinreichend;

hinreichend; ſondern ich muß noch ein anderes Factum mittelſt Bewegung meines Körpers vornehmen; durch ein äuſſerliches Zeichen zu erkennen geben, daß ich im Beſitz ſey. Z. E. wann ich in ein Haus gehe, es auf- und zuſchlieſſe; oder Feuer auf dem Heerd anzünde; oder Späne aus den Poſten ſchneide; eine Erdſcholle in dem Garten ausgraben laſſe; wann ich eine bewegliche Sache mit der Hand ergreiffe, oder in meine Wohnung tragen laſſe; wann ich den Fiſch an der Angel, den Vogel im Netze habe; wann ich das Weinfaß verſiegle ꝛc. ꝛc. Adipiſcimur poſſeſſionem corpore et animo; neque per ſe animo, aut per ſe corpore, ſagt L. 3. §. 1. D. de A. v. A. P. Dieſes körperliche Factum heiſt *adprehenſio poſſeſſionis*, die Beſitzergreifung.

3) **Wie lang erhält man ſich im Beſitz?** So lange als man das phyſiſche Vermögen hat, über die Sache zu diſponiren, und die Abſicht, ſie zu behalten.

4) **Wann iſt der Beſitz verlohren?** Sobald eines von ſeinen weſentlichen Erforderniſſen aufhört, ſobald ich entweder das phyſiſche Vermögen nicht mehr habe, darüber zu diſponiren, oder die Abſicht nicht mehr, die Sache zu behalten. Wann mir alſo die Sache geſtohlen wird: ſo hört der Beſitz auf, weil ich das phyſiſche Vermögen zu diſponiren nicht mehr habe; und wann ich eine Sache derelinquire, z. E. einen Acker, der das Bauen nicht verdient, wüſt liegen laſſe: ſo hört der Beſitz auf, weil die Abſicht die Sache zu haben, nicht mehr vorhanden iſt. Si id quod poſſidemus, ita perdiderimus, ut ignoremus ubi ſit, deſinimus poſſidere, ſagt Pomponius L. 25. D. de adq. vel am. poſſ. Der Umſtand allein, daß ſich ein anderer einer Diſpoſition über meine Sache anmaſſet, macht nicht, daß ich den Beſitz verliehre. Erſt alsdann iſt mein Beſitz verlohren, wenn ich über die Sache diſponiren will, und der andere mich abhält, ſi revertentes nos aliquis repellat, wie es in dem angeführten Geſetz heiſt; oder wenn ich höre, daß ſich einer in den Beſitz geſetzt habe, und mich fürchte ihn zu depoſſediren, ſi ſuſpicemur repelli nos poſſe ab eo, qui ingreſſus ſit in poſſeſſionem. Dann jetzt iſt erſt das phyſiſche Vermögen, über die Sache zu diſponiren verlohren.

Was heiſt aber die Redensart *dolo poſſidere deſii*, die ſo oft bey den Juriſten vorkommt? Wann ich eine Sache beſitze, die einem andern gehört, und ſie aus meinem Beſitz wegſchaffe, nur um den andern darum zu bringen: ſo ſagt man *dolo poſſidere deſii*. Z. E. ich beſitze einen Hund, höre daß ihn jemand vindiciren will, ſchlage ihn deßwegen todt, oder verkaufe ihn an einen Durchreiſenden, damit nur der Eigenthümer auſſer Stand geſetzt werde, die Vindicationsklage anzuſtellen.

(1) Ein Raſender kann daher keinen Beſitz erwerben. L. 1. §. 3. L. 18. §. 1. D. de A. v. A. P.

§. 282. Eintheilungen des Beſitzes.

Bey dem Beſitz kann man auf vier Stücke Rückſicht nehmen a) auf die Abſicht des Beſitzers; b) auf den Grund des Beſitzes; c) auf deſſen Gegenſtand; und d) auf die Art zu beſitzen (* 1). Sieht man a) auf die Abſicht des Beſitzers: ſo iſt die Poſſeſſion entweder *ciuilis*, oder *naturalis.* Wann ich nemlich die Abſicht habe, eine Sache als die Meinige zu beſitzen: ſo beſitze ich *ciuiliter*; wann ich aber dieſe Abſicht nicht habe, die Sache nur als uſufructuarius, commodatarius, depoſitarius, Miethsmann, oder Pfandglaubiger im Beſitz habe: ſo iſt es der natürliche Beſitz.

Uebrigens bemerke man, daß die Abſicht, die Sache als die meinige zu beſitzen, (animus rem iure dominii, ſ. pro mea habendi) ganz etwas anderſt iſt, als die Meynung daß ich Eigenthümer ſey, opinio domini, wie es in der L. 22. §. 1. D. de noxal. act. heiſt. Ein Dieb z. E. kann die Abſicht haben, die Sache als die ſeinige zu beſitzen, ob er gleich weiß, daß ſie nicht ſein iſt.

Der Civilbeſitzer beſitzt entweder eine ihm wirklich eigene oder eine fremde Sache. Im letzten Falle hält er ſie entweder aus wahrſcheinlichen Gründen für die ſeinige; oder nicht. Wer eine fremde Sache beſitzt, ſie aber aus ſcheinbaren Gründen als ſein Eigenthum anſieht, der beſitzt *bona fide*, iſt ein redlicher, treuer Beſitzer. Wer aber weiß, daß die Sache einem andern gehört, und ſie doch als die ſeinige haben und behalten will, ſie gar nicht wieder herauszugeben gedenkt; oder zwar die Sache für ſein hält, aber dazu nur ganz unerhebliche, offenbar nichtige Gründe hat, der iſt *malae fidei poſſeſſor*, ein unredlicher Beſitzer (* 2).

Sieht man b) auf den Grund meines Beſitzes: ſo habe ich entweder einen gerechten Titel oder nicht. Wann ich einen gerechten Titel habe; das heiſt, wann ein Factum vorhanden iſt, das den Geſetzen nach die Wirkung hat, daß es einen Beſitz rechtmäßig macht: ſo heiſt er ein rechtmäßiger, oder gerechter Beſitz. Iſt ein ſolches Factum, ein gerechter Titel nicht vorhanden, ſo bin ich in einem ungerechten, unrechmäßigen Beſitze.

c) Der Gegenſtand des Beſitzes iſt entweder eine körperliche, oder eine unkörperliche Sache, eine Befugniß. Im erſten Falle iſt ein wahrer und eigentlicher Beſitz vorhanden; im letzten ein analogiſcher oder Quaſi-Beſitz. Der Quaſi-Beſitz beſteht alſo in dem phyſiſchen Vermögen, ein Recht auszuüben. Man ſtelle ſich z. E. vor, daß ich die Jagdgerechtigkeit habe Wann es mir phyſiſch möglich iſt, ſie auszuüben: ſo bin ich im Quaſi-Beſitz derſelben. Wehrt mir es aber ein anderer auf die Jagd zu gehen: ich unterlaſſe

unterlaſſe es alſo, unterſtehe mich nicht mehr zu jagen: ſo hat mein Quaſi-Beſitz aufgehört.

Endlich d) kann man auch auf die Art und Weiſe zu beſitzen Rückſicht nehmen; und alsdann iſt die Poſſeſſion entweder körperlich oder blos mental. Körperlich nemlich beſitze ich eine Sache, ſo lange ſie mir gegenwärtig iſt, in meine Sinne wirkt. Z. E. ich beſitze das Haus körperlich, wann ich darin bin. Mental-Poſſeſſion aber habe ich, *ſolo animo* poſſideo, wann die Sache abweſend iſt, z. E. wann ich auſſer meinem Hauſe im Felde bin. Man nennt die körperliche Poſſeſſion auch natürlichen Beſitz, und die Mental-Poſſeſſion auch Civil-Beſitz. Aber beſſer iſt es dieſe Benennungen nicht zu gebrauchen, weil ſie noch eine andere, vorhin unter a) erklärte Bedeutung haben, und folglich eine Zweydeutigkeit verurſachen.

Noch zwey Anmerkungen habe ich hiebey zu machen. 1) Die alte Juriſten nehmen die Wörter poſſidere, poſſeſſio und poſſeſſio naturalis in ſo verſchiedener Bedeutung, und widerſprechen einander ſo gerade zu, daß dadurch die ganze Lehre vom Beſitz höchſt verwirrt geworden iſt, und man die Geſetze darüber ſchlechterdings nicht vereinigen kann (* 3). Die neuere haben dieſer Confuſion durch die Diſtinction zwiſchen *poſſeſſio naturalis ſtricte* und *nuda detentio* abhelfen wollen (* 4). Allein wenn ſie nun beſtimmen ſollen, welche Beſitzer dann naturales ſtricte, und welche hingegen bloſſe detentores ſeyen: ſo geben ſie wieder ſo verſchiedene, zum Theil ſeltſame und dunkle Antworten, daß man nicht klüger iſt als zuvor.

2) Das Recht, es ſey nun in re oder ad rem, um deſſen willen jemand eine Sache beſitzt, heiſt *cauſa poſſeſſionis*, und von dieſer gilt die Regel: nemo ſibi ipſe cauſam poſſeſſionis mutare poteſt, d. i. wie es Nettelbladt (* 5) ſehr gut erklärt: wer eine Sache nur als detentor hat, der kann durch ſeinen bloſſen Vorſatz (propoſitum in mente retentum) ſeine Detention nicht in einen Beſitz verwandeln; und wer eine Sache naturaliter beſitzt, kann dieſen Beſitz durch bloſſen Vorſatz nicht in einen Civilbeſitz verändern. Wenn aber ein neues Factum, entweder des Beſitzers oder des andern, dazu kommt, welches eine ſolche Veränderung zu bewirken geſchickt iſt, ſo wird die Detention in einen wahren Beſitz, oder der natürliche in einen Civilbeſitz umgeändert. Z. E. wenn jemand eine Sache als Miethsmann hat, ſo beſitzt er ſie naturaliter. Geſetzt er nähme ſich vor, die Sache zu behalten, und dem Eigenthümer nie wieder zu geben. Dadurch wird ſein Beſitz nicht in einen Civilbeſitz verwandelt. Kauft er ſie aber z. E. dem Eigenthümer ab, oder wird Erbe von dieſem, ſo beſitzt er ſie nun ciuiliter.

(1) Von den Eintheilungen der Poſſeſſion ſ. *Contii* diſput. lib. I. c. 10. in opp. p. 161. *Galvan.* de uſufr. cap. 33. p. m. 456. ſqq.

(2)

(2) *Chriſt. Frid. Georg. Meiſter* diſſ. de fide eiuſque iure in uſucap. et praeſcript. in opuſc. n. 1.
(3) *Leyſer* ſpec. 451. med. 4.
(4) *Kortholt* diſſ. de poſſeſſione ea lege, ne contra tradentem dum vivit exerceatur, cap. 1. §. 5.
(5) *Nettelbladt* introduct. in iurisprud. poſitiv. §. 827.

§. 283. Fortſetzung.

Wer ſich im Beſitz einer Sache befindet, hat um dieſes Beſitzes willen viele wichtige Rechte, die man die **Vortheile des Beſitzes**, *beatitudines poſſeſſionis*, auch *ius poſſeſſionis* nennt. Dieſe Vortheile ſind folgende. 1) der Beſitzer iſt nicht ſchuldig, ſeinen Titel zu ediren und zu beweiſen. Wann ich nemlich im Beſitz bin, und gefragt werde, aus welchem Grunde ich beſitze: ſo bin ich nicht ſchuldig, darauf zu antworten, nicht ſchuldig zu beweiſen, daß ich aus einem rechtlichen Fundament beſitze. Einige Ausnahmen dieſer Regel werden in den Pandecten gelehrt. 2) Der Beſitzer kann ſich unter gewiſſen Umſtänden die Früchte der Sache, die er beſitzt, zueignen, wann gleich die Sache nicht ſein gehört. Man ſ. unten §. 329. u. f. 3) Der Beſitzer wird ſo lange im Beſitz geſchützt, bis ein anderer den Beweiß führet, daß jenem, dem Beſitzer, die Sache nicht gehöre. Zu dem Ende werden ihm die interdicta retinendae poſſeſſionis gegeben, die wir im Titel de interdictis (lib. 4. tit. 10.) werden kennen lernen. Auch wenn er ſeines Beſitzes auf eine ungerechte Art entſetzt worden iſt, ſo wird ihm das interdictum unde vi und das remedium ſpolii gegeben. (§. 1220. 1221.) 4) Ein Beſitzer kann ſich mit Gewalt im Beſitze ſchützen. Die Privat-Gewalt iſt ſonſt im Staate ſchlechterdings verboten. Wer Recht zu ſuchen hat, muß es bey dem Richter ſuchen. Wann mich aber jemand in meinem Beſitze ſtöhrt: ſo kann ich ihn mit Gewalt abhalten, und wann er mich ſchon wirklich aus dem Beſitze vertrieben hat, ſo darf ich mich mit Gewalt wieder herein ſetzen; nur muß es ſogleich, nicht erſt nach langem Zeitverlauf geſchehen. 5) Wann jemand mit dem Beſitzer einer Sache Proceß anfängt, und die Argumente von beyden Seiten einander dergeſtalt die Wage halten, daß man nicht weiß, ob der Kläger oder der Beſitzer mehr Recht zu der Sache hat: ſo wird ſie dem Beſitzer zugeſprochen, und der Kläger abgewieſen. 6) Ein merkwürdiger Vortheil des Beſitzers iſt, daß er, wofern er anderſt in bona fide iſt, keine culpam präſtirt; das heiſt, wann ich eine fremde Sache als meine eigene bona fide beſeſſen, und etwas daran verdorben habe: ſo bin ich nicht ſchuldig, dem Eigenthümer dieſen Schaden zu erſetzen. 7) Hat der Beſitzer unter gewiſſen Umſtänden das **Retentions-Recht**. Man verſteht darunter das Recht, eine Sache, die dem andern gehört, ſo lange nicht aus meinem Beſitze zu laſſen, bis

bis mir der andere leiſtet, was er mir ſchuldig iſt. Z. E. jemand hat mir einen Reiſewagen geliehen; dieſer bricht unter Wegs; ich laſſe ihn repariren. In dieſem Fall bin ich nicht ſchuldig, den Wagen zurückzugeben, ehe mir die Auslagen erſetzet ſind; ich habe alſo das Retentionsrecht auf den Wagen. Oder jemand kauft mir eine Sache ab, und verſpricht baare Zahlung, leiſtet ſie aber nicht. Hier kann ich auf die Sache das Retentionsrecht ſo lange ausüben, bis mir der Kaufſchilling bezahlt iſt. Wer mehr von dieſem wichtigen Rechte zu wiſſen verlangt, kann ſich aus der gründlichen Böhmeriſchen Abhandlung (*1) belehren.

(1) *Georg. Lud. Boehmer* diſſ. de iure retentionis Goett. 1773. in Elect. iur. ciu. tom. 2. n. 13.

§. 284. Vom dinglichen und perſönlichen Rechte.

Die zweyte Gattung des Sachenrechtes iſt das **dingliche Recht**, *ius in re*; die dritte das **perſönliche Recht**, *ius ad rem.* Der Begriff und Unterſchied dieſer beyden Rechte iſt von der äuſſerſten Wichtigkeit. Wann mir ein Recht zuſteht; ſo iſt es entweder **unmittelbar mit einer gewiſſen Sache verknüpft**; dergeſtalt, daß es ſich gegen jeden Beſitzer der Sache, welcher mir ſie vorenthält, oder mich in der Ausübung des Rechtes hindert, wirkſam zeigt; oder es kommt mir nur **gegen eine gewiſſe Perſon zu, welche mir verbunden iſt**: und ich bin daher befugt, gegen dieſe Perſon auf die Erfüllung ihrer Verbindlichkeit zu klagen. Im erſten Fall heiſt es *ius in re*, im andern *ius ad rem.* Die Ausdrücke ius in re und ad rem kommen im römiſchen Geſetzbuche nicht vor, aber die Sache ſelbſt findet ſich auf allen Blättern.

Um die Wichtigkeit dieſes Unterſchiedes deutlicher einzuſehen, ſtelle man ſich folgende drey Fälle vor: 1) Ich habe eine Sache gekauft; **ſie iſt mir noch nicht tradirt worden.** Nun verkauft ſie der Beſitzer einem andern, welcher von dem erſten Kaufe nichts weiß, und übergiebt ſie ihm. Kann ich dieſen belangen, daß er mir die Sache herausgebe? Nein; dann ich hatte noch kein dingliches Recht darauf. Ich habe nur ein perſönliches Recht gegen den Verkäufer, daß er mich entſchädige. Geſetzt aber, die Sache kommt, nachdem ſie mir verkauft **und tradirt** war, in die Hände eines dritten. Jetzt kann ich ſie von jedem vindiciren, weil ich ein dingliches Recht darauf habe. 2) Jemand giebt mir das Recht die Früchte aus ſeinem Garten zu ziehen; aber nur **als ein** *ius ad rem* **durch einen Miethcontract.** Nun verkauft er den Garten an einen andern. Kann ich dieſen belangen, daß er mich die Früchte genieſſen laſſe? Nein, dann ich habe nur ein ius ad rem. Man denke ſich aber den Fall, daß mir jemand das Recht, die Früchte aus ſeinem Garten zu ziehen, **als ein** *ius in re*, **als eine** *ſeruitutem uſusfructus* **ertheilt.** Jetzt

kann ich dieſe Früchte fordern, der Garten komme, an wen er wolle. 3) Ich habe an jemand eine Summe Geldes zu fordern, der ein Haus beſitzt. So lang dieß ſein eigen iſt, kann ich verlangen, daß man es verkaufe, und mich von dem Kaufſchilling befriedige. Aber wie, wann er es veräuſſert? Man ſehe zu, ob ich ein dingliches Recht, eine Hypothek auf das Haus gehabt habe, oder nicht. Im erſten Fall kann ich jeden Beſitzer belangen, daß er mir das Haus abtrete, ſo lang ich nicht bezahlt bin; im letztern Fall aber nicht.

Noch zweyerley habe ich über das perſönliche Recht anzumerken: 1) das *ius ad rem* und die Obligation ſind einander entgegen geſetzt, Correlaten, wie die Philoſophen ſprechen. Man kann alſo nicht ſagen, wie Weſtenberg(*1) thut, ius ad rem vocatur uno nomine obligatio. Wann ich ein ius ad rem gegen den andern habe: ſo hat dieſer eine Obligation gegen mich, und umgekehrt. 2) So wie ſich das ius ad rem allezeit auf eine gewiſſe Perſon bezieht: ſo auch die Obligation. Obligatio perſonam non egreditur, ſagt der Autor. Das heiſt, wann mir die Perſon des A verbunden iſt: ſo kann ich aus dieſer Verbindlichkeit nur gegen A, nicht gegen andere Menſchen klagen.

(1) *Weſtenberg* princip. iur. ſec. ord. Inſt. N. 1. n. 37.

§. 285. Zwey Grundſätze vom dinglichen Rechte.

Gleichergeſtalt ſind noch vom dinglichen Recht zwey Sätze zu bemerken. Der erſte heiſt: *ius in re non eſt momentaneum.* Ein ius momentaneum nemlich iſt, welches nicht länger dauert als der Beſitz. Von dieſer Art iſt das dingliche Recht nicht. Wann ich auch den Beſitz verliehre: ſo bleibt mir doch mein dingliches Recht auf die Sache. Der zweyte: ein ius in re wirkt eine Klage gegen jeden Beſitzer und Stöhrer. Wann mir ein Erbrecht, ein Eigenthumsrecht, ein Pfandrecht zuſteht: ſo kann ich gegen jeden, der die Erbſchaft, der meine Sachen, der das Pfand beſitzt, klagen, daß er mir dieſe Dinge heraus gebe. Wann ich aber eine Servitut habe, z. E. die Jagdgerechtigkeit in eines andern Waldungen: ſo kann ich gegen jeden Beſitzer des Waldes, welcher mich in der Ausübung dieſes Rechts ſtöhrt, Klage anſtellen.

§. 286. Gattungen dieſes Rechtes.

Das dingliche Recht hat vier Gattungen (*1): **Eigenthumsrecht, Erbrecht, Dienſtbarkeit,** und **Pfandrecht.** Dieſe ſind folgendergeſtalt unterſchieden: das dingliche Recht beſteht entweder 1) in dem Recht, über die Subſtanz der Sache auf alle Weiſe zu disponiren, oder 2) in dem Recht, Nutzen aus einer fremden Sache zu ziehen; oder 3) in der Befugniß, mich vermittelſt der Sache wegen einer Forderung bezahlt zu machen. Im zwey-

ten

ten Fall heiſt es *ius ſeruitutis* Dienſtbarkeit; im dritten *ius pignoris* Pfandrecht. Im erſten Fall aber kommt es mir entweder auf eine einzelne und körperliche Sache zu, oder auf eine ganze Verlaſſenſchaft eines Menſchen. Das Recht, über eine einzelne körperliche Sache nach Gefallen zu ſchalten, heiſt **Eigenthumsrecht**, *dominium*; das Recht über die ganze Verlaſſenſchaft eines verſtorbenen zu diſponiren, heiſt **Erbrecht**, *hereditas*, *ius hereditarium*.

Iſt dann aber die Poſſeſſion nicht eine fünfte Gattung des dinglichen Rechtes? Darüber iſt ein groſſer Streit geführt worden, und ob die Frage gleich eine bloſſe Schulfrage, ohne practiſchen Nutzen iſt, ſo kann ich ſie doch nicht mit Stillſchweigen übergehen. Man bemerke alſo, daß die Frage a) nicht von der **Poſſeſſion** ſelbſt, auch b) nicht vom **Recht zu beſitzen** (iure poſſidendi,) ſondern vom **Recht des Beſitzes** (iure poſſeſſionis) ſey. Der Beſitz iſt, wie wir wiſſen **phyſiſches Vermögen**, über eine Sache zu diſponiren, iſt alſo gar kein Recht, und folglich auch kein dingliches. Das **Recht zu beſitzen** iſt ein Theil des Eigenthumsrechtes. Wer Eigenthümer einer Sache iſt, hat auch das Recht ſie zu beſitzen. Da dieß ein Theil eines dinglichen Rechtes iſt: ſo iſt auch davon keine Frage. Sondern das iſt der Sinn der Streitfrage: iſt das *ius poſſeſſionis* ein ius in re; gehört es zu den Poſſeſſionsvortheilen, (§. 308.) daß man um des Beſitzes willen gegen jeden eine Klage anſtellen kann? Und um dieſes zu beantworten, bemerke man ferner: aus dem Grunde allein: **ich habe die Sache beſeſſen**, kann ich nicht gegen einen jeden jetzigen Beſitzer klagen, **daß er ſie mir herausgebe**. Ich muß zeigen, daß ſie mir als ein Erbſtück, oder eigenthümlich gehöre, oder verpfändet ſey. In ſo weit alſo iſt das Poſſeſſionsrecht kein ius in re. Indeſſen da doch der Beſitzer gegen jeden, der ihn aus dem Beſitze ſetzt, oder darin ſtöhrt, klagen kann: ſo kann man in ſoweit behaupten, daß die Poſſeſſion ein ius in re ſey.

Nach dem canoniſchen Recht iſt das Poſſeſſionsrecht den dinglichen Rechten noch näher gebracht worden. Dann wann ich ſpoliirt, das iſt meines Beſitzes auf eine ungerechte Art beraubt werde: ſo kann ich nach dem Cap. 18. X. de reſtit. ſpoliator. jeden Beſitzer, der von dem Spolium Wiſſenſchaft hat, belangen, daß er mir die Sache herausgebe. Ein völliges ius in re iſt deswegen das Poſſeſſionsrecht nicht geworden. Dann a) wann ich den Beſitz durch einen Zufall verliehre, z. E. ich verliehre die Uhr aus der Taſche: ſo kann ich aus dem Grunde: **ich habe die Sache beſeſſen**, nicht gegen jeden Beſitzer klagen. Auch b) kann der Beſitzer, wann er vom Spolium **keine Wiſſenſchaft hat**, nicht belangt werden.

(1) Nicht alle Rechtsgelehrten nehmen dieß an; ſondern einige ſtatuiren mehr, andere weniger Gattungen. Man ſ. *Ferd. Aug. Hommel* diſſ. qua quinque iuris in re ſpecies, quas vulgo tradunt, nec ſempertales eſſe, nec ſelas defenditur, cap. 2. p. 23. ſqq.

§. 287. Vom Eigenthumsrechte.

Die erſte Gattung des dinglichen Rechtes iſt das **Eigenthumsrecht** *dominium*. Man verſteht darunter **das Recht auf eine einzelne körperliche Sache, vermöge deſſen man über dieſelbe auf alle Weiſe diſponiren, und ſie von jedem Beſitzer zurückfordern kann.** Alſo iſt a) ein Recht auf eine **körperliche Sache**. Unkörperliche Dinge, Gerechtigkeiten und Anſprüche, ſind nicht im Eigenthum. Es wäre dem Redegebrauch zuwider, wann man z. E. ſagte, ich habe ein Eigenthum auf die Zehendgerechtigkeit, auf eine Schuldforderung (*1). b) Das Eigenthum ſetzt eine einzelne Sache voraus. So viel einzelne Sachen ich habe, ſo viel verſchiedene dominia ſtehen mir zu. c) Der Eigenthümer iſt befugt, auf alle Weiſe über die Sache zu diſponiren: er kann alle nur mögliche Handlungen damit vornehmen. d) Er kann auch die Sache von jedem Beſitzer abfordern, oder wie die Juriſten reden, **vindiciren**.

Weil alſo das Eigenthum ein Recht iſt, **auf alle mögliche Art** über die Sache zu diſponiren, und der möglichen Diſpoſitionen unzählige ſind: ſo kann man das Eigenthum als eine Quelle ſehr vieler Rechte, als ein ganzes, das aus vielen Theilen beſteht, anſehen. Indeſſen laſſen ſich alle dieſe Rechte auf zwey Hauptclaſſen zurückführen. Der Eigenthümer hat a) das Recht über **die Subſtanz der Sache zu diſponiren**; ihre Geſtalt zu verändern ſie zu verbeſſern, ſie zu verderben, zu deſtruiren, zu veräuſſern; b) das Recht **die Nutzungen davon zu genießen.** Jenes heiſt *proprietas* oder *nuda proprietas* (in dem §. ult. I. de uſufruct.), dieſes *uſusfructus*. Alſo proprietas und vſusfructus ſind die beyden Haupttheile des Eigenthumsrechts.

Ich habe geſagt der Eigenthümer iſt befugt **auf alle Weiſe** über die Sache zu diſponiren. Indeſſen giebt es Fälle, wo er in der Ausübung ſeiner Rechte durch zufällige Umſtände, Geſetze, Teſtament, Verträge eingeſchränkt iſt. In dieſem Falle ſchreibt man ihm ein eingeſchränktes Eigenthum, dominium *limitatum* zu. Wann ich z. E. ein Haus beſitze, deſſen Fenſter auf des Nachbars Hof gehen, und dieſer mir verſpricht, die Fenſter durch kein Gebäude zu verdunkeln, ſo iſt ſein Eigenthum des Hofes eingeſchränkt.

(1) *Huber* in praelect. h. t. n. 12. und **Thomaſius** in ſeinen Anmerkungen haben über dieſen Punct einen weitläuftigen Wörterkrieg geführt.

§. 288.

§. 288. Es iſt entweder dominium quiritarium oder bonitarium.

Das dominium einer res mancipi wurde im alten römiſchen Recht in *quiritarium* ſiue ἔννομον ſiue *legitimum*, und *bonitarium* ſiue φυσικὸν ſiue *naturale* eingetheilt. Wann eine res mancipi von einem römiſchen Bürger feyerlich (modo ciuili) erworben wurde: ſo erlangte er ein vollkommenes Eigenthum, das eine Vindicationsklage wirkte, und dominium quiritarium hieß. Wann hingegen eine res mancipi entweder auf einen fremden, oder zwar auf einen Bürger, oder doch nicht feyerlich (modo naturali) transferiret wurde: ſo erhielt er ein unvollkommenes Eigenthum, das kein Vindicationsrecht gab, und dieſes hies dominium bonitarium. Wann der dominus bonitarius den Beſitz verlohr: ſo konnnte er keine Vindication gegen den jetzigen Beſitzer anſtellen. Dieſe Diſtinction paßte alſo nur auf die res mancipi; dann res nec mancipi waren weder in dominio quiritario, noch bonitario (*[1]). Die feyerliche Erwerbungsmittel, (modi ciuiles,) wodurch ein römiſcher Bürger das dominium erwerben konnte, ſind im §. erzählt. Sie waren 1) **Erbſchaft**, 2) **Mancipation**, das heiſt eine feyerliche Uebergabe, die in Gegenwart von 6 Perſonen geſchah; 3) **Abtrettung vor dem Prätor** (*ceſſio in iure*;) 4) **Verjährung**; 5) *emtio ſub corona*, das heiſt Erkaufung eines Kriegsgefangenen. Die Benennung kommt wie einige glauben daher, weil die Gefangenen bey dem öffentlichen Verkaufe Kronen aufhatten; nach andern, weil ſie mit einem Kreiſe römiſcher Soldaten umgeben waren; ferner 6) **öffentliche Verſteigerung**; 7) **Adjudication des Richters** (*[2]) und 8) **Geſetz**. Nemlich es giebt Fälle, wo das Eigenthum ohne factum des Eigenthümers, (ipſo iure) auf einen andern übergeht. Dahin gehören die Vermächtniſſe; (§. 584.) und bona fiſco commiſſa, wann nemlich dem Fiſcus Vermögen zufällt, ſo erwirbt er es ipſo iure; die liberi ſui erwerben die Verlaſſenſchaft des Vaters ipſo iure u. ſ. w. (*[3]) Juſtinian hat die ganze Diſtinction zwiſchen dominium quiritarium und bonitarium aufgehoben.

Die Anmerkung ſagt: man theilt zwar auch noch jetzt das dominium in ciuile und naturale ein. Aber dieſe Diſtinction iſt von der eben vorgetragenen ganz verſchieden. Sie kommt blos bey dem Heyrathsgute vor, und wird am angeführten Orte (§. 418.) erklärt werden.

(1) Dieß zeigt *Reuter* in progr. aenigmatis, quod Imperatori in L. un. C. de nudo iur. quir. toll. viſum in dominio quiritario et bonitario ſolutio Hal. 1755. 4.

(2) Doch hat ſie dieſe Wirkung nur in den ſogenannten drey iudiciis diuiſoriis. Boehmer in introd. in ius dig. lib. 10. tit. 1. §. 1. num. 6.

(3) *Brunquell* diſſ. de adquiſitione dominii ex lege, in opuſc. Tom. 1. n. 13.

§. 289. Entweder widerruflich oder unwiderruflich.

Wichtig iſt die Eintheilung des Eigenthums in **widerrufliches** und **unwiderrufliches**. **Widerruflich** heiſt es, wenn es mir dergeſtalt überlaſſen worden iſt, daß es ohne und gegen meinen Willen wieder auf den vorigen Eigenthümer kommen kann, daß es ohne meinen Willen nicht auf einen andern übergehen kann; **widerruflich** das, welches auch ohne und wider des Eigenthümers Willen auf einen andern kommen kann. Widerrufliches Eigenthum hat z. E. der **Ehemann** auf das Heyrathsgut. Dann wann die Ehe getrennt wird: ſo hört es auch ohne des Mannes Willen auf. Der *donatarius* hat ein widerrufliches Eigenthum, ſo lang der Schenkende lebt, weil dieſer das Geſchenk zurückfordern kann, wann jener eine prägnante Undankbarkeit begeht. (§. 415.) Wann ich eine Sache erkauft, und den Verkäufer **über die Hälfte lädirt habe**: (ihm nicht die Hälfte des wahren Werths bezahlt habe) ſo iſt mein Eigenthum widerruflich; weil der Verkäufer die Sache zurückfordern kann. (§. 870.) Ferner, wer eine Sache mit dem pacto diſplicentiae, (d. i. ſich das Recht binnen einer gewiſſen Zeit vom Kauf abzugehen vorbehält) oder mit dem pacto addictionis in diem verkauft (§. 875.) giebt dem Käufer ein widerrufliches dominium.

Das widerrufliche Eigenthum iſt aber wieder von zweyerley Art. Zuweilen hört daſſelbe dergeſtalt auf, daß es iſt, als ob ich es nie gehabt hätte: und daß der vorige Eigenthümer eine **Realklage** gegen jeden Beſitzer der Sache anſtellen kann. Zuweilen aber bin ich nur **verbunden**, dem vorigen Eigenthümer die Sache herauszugeben; er kann desfalls eine **Perſonalklage** gegen **mich** anſtellen, und mein Eigenthum hört erſt von jetzt an auf, da er klagt. Im erſten Fall ſagt man dominium reſoluitur *ex tunc*, im zweyten aber reſoluitur ex *nunc*.

Wann das erſtere geſchieht; wann das Eigenthum ex tunc reſolvirt wird: ſo hat die Regel ſtatt: reſoluto iure dantis, reſoluitur ius accipientis. Das heiſt, wann der revocable Eigenthümer einer Sache einem dritten ein Recht auf die Sache gegeben hat, und ſein Eigenthum hört ex tunc auf, ſo exſpirirt auch das dem dritten verſtattete Recht. Z. E. jemand kauft einen Wald mit dem Beding, daß wenn er den Kaufſchilling binnen einem Jahr nicht abtragen würde, der Kauf null und nichtig ſeyn ſolle. Nun giebt er mir die Jagdgerechtigkeit in dem Walde, bezahlt aber den Kaufſchilling in der geſetzten Zeit nicht. Jetzt hört ſein Eigenthum am Wald, und zwar *ex tunc* auf; folglich ceſſirt auch die mir ertheilte Jagdgerechtigkeit. Wann aber das revocable Eigenthum ex nunc aufhört: ſo tritt jene Regel nicht ein. Z. E. jemanden iſt ein Wald geſchenkt worden; er giebt mir darin die Jagdgerechtigkeit. Nun begeht er eine ſchwere Undankbarkeit gegen den Schenker; dieſer

nimmt

nimmt alſo den Wald zurück. Verliehre ich auch die Jagdgerechtigkeit? Nein, dann das Eigenthum des donatarii hört nur ex nunc auf. In den Pandecten iſt der Ort, wo dieß weiter entwickelt, und die Fälle beſtimmt werden, in welchen das Eigenthum ex nunc, und in welchen es ex tunc aufhört (*[1]).

(1) *Mich. Graſſi* tract. de reditu dominii legali Tubing. 1724. 4. iſt die Hauptſchrift in dieſer Materie.

§. 290. Entweder Alleineigenthum, oder Miteigenthum, vollſtändiges oder unvollſtändiges Eigenthum.

Die dritte ſehr practiſche Eintheilung des Eigenthums (in der 12. Tabelle) iſt folgende. Bey dem Eigenthum kann man Rückſicht nehmen a) auf die Perſon der es zuſteht, b) auf die Rechte, welche es in ſich faſſet.

Sieht man auf die Perſon des Eigenthümers, ſo kommt das Eigenthum entweder einer einzigen Perſon oder mehreren zu. Im erſten Fall heiſt es *dominium ſolitarium*, im letzten *condominium* oder *communio*. Wann z. E. dreyen Perſonen durch Erbſchaft ein Acker zufällt, ſo iſt dieſer, ſo lang ihn die Erben nicht unter ſich vertheilen, in condominio oder communione. Sobald er getheilt wird, daß jeder Erbe ſein beſonderes Stück bekommt, hört das condominium auf.

Nimmt man hingegen auf die Rechte Rückſicht, welche im Eigenthum enthalten ſind, ſo iſt es entweder dominium *plenum*, oder *minus plenum*, ſ. *diviſum*, ſ. *dimidiatum*. Wann nemlich die beyde Haupttheile des Eigenthums (§. 287.) Nießbrauch und Proprietät zerriſſen ſind, wenn das Eigenthum zweyen Menſchen, A. und B., dergeſtalt zukommt, daß A. nichts als die Proprietät, B. hingegen Proprietät und Nießbrauch zuſammen hat, ſo iſt ein dominium minus plenum vorhanden. A. iſt dominus minus plenus, B. ebenfalls. Sind aber die beyden Hauptrechte des dominii nicht getrennt, ſo heiſt es *plenum*.

Ich ſage A. hat nichts als Proprietät, B. hat Proprietät und Nießbrauch; das heiſt: Ohne die Einwilligung des A. kann nicht über die Subſtanz der Sache diſponirt werden, aber am Nutzen der Sache nimmt er keinen Theil; ohne des B. Einwilligung kann ebenfalls über die Subſtanz der Sache keine Diſpoſition vorgenommen werden, und er hat zugleich das Recht die Sache zu beſitzen, zu gebrauchen, zu benutzen.

Ein ſolches dominium minus plenum findet ſich z. E. bey Lehngütern, feudis. Der Lehnsherr hat Theil an der Proprietät, d. i. der Vaſall kann für ſich allein nicht über die Subſtanz des Lehnguts diſponiren. An den Früchten hingegen hat der Lehnsherr keinen Antheil. Der Vaſall hat ebenfalls die Proprietät; dann der Lehnsherr kann ohne den Vaſallen auch nicht über die

Sub-

Subſtanz des Gutes diſponiren. Aber der Vaſall hat auch zugleich den Niesbrauch, er zieht alle Früchte vom Lehngute.

Das dominium minus plenum iſt alſo vom condominio verſchieden. Wann eine Sache in condominio iſt, ſo gehört ſie mehreren Perſonen auf einerley Weiſe. Die Rechte, welche der eine hat, hat auch der andere. Bey dem dominio minus pleno aber hat der eine Rechte, welche von den Rechten des andern ganz verſchieden ſind.

Nicht allein das plenum, ſondern auch das minus plenum dominium kann condominium und dominium ſolitarium ſeyn. Wann z. E. Ein Lehnsherr und Ein Vaſall da iſt, ſo hat jeder ein dominium minus plenum ſolitarie. Sind aber bey einem Lehngute mehrere Lehnsherren oder mehrere Vaſallen, ſo haben die Lehnsherren ein condominium minus plenum, und die Vaſallen ebenfalls.

§. 291. Das unvollkommene Eigenthum iſt entweder das Obereigenthum oder das nutzbare.

Bey dem dominio minus pleno ſind wieder verſchiedene Geſichtspuncte möglich. Man kann nemlich a) auf die weſentliche Abtheilung der Eigenthumsrechte ſehen, welche bey dieſer Gattung des Eigenthumsrechtes ſtatt findet, b) auf die Veranlaſſung deſſelben, und die daraus entſpringende Modificationen.

In der erſten Abſicht iſt es entweder *directum*, Obereigenthum oder *vtile*, **nutzbares Eigenthum**, derjenige, welcher nichts als die Proprietät hat, heiſt dominus directus, der andere welcher Proprietät und Niesbrauch hat heiſt dominus utilis. Von der erſten Benennung weiß ich keinen hinlänglichen Grund anzugeben. Die Urſache der letzten fällt in die Augen. Der dominus utilis hat ja den **Nutzen** der Sache (* 1).

(1) Die Eintheilung des Eigenthums in vollſtändiges und unvollſtändiges wird von vielen alten und neuen Juriſten verworfen. Ich will nur einige der neueren anführen. Man ſ. *Henr. Chriſt. de Senkenberg* diſſ. de diviſ. fructuum feudal. §. 4. ſqq. in meditat. de univerſ. iur. & hiſtor. p. 240. ſqq. *It.* in prim. lin. iur. feud. §. 142. ſqq. *Chriſt. Ben. Kahl* epiſt. de erronea diuiſione dominii in directum et utile, Lipſ. 1744. **Joh. Chriſt. Gotth. Budäus** in ſeinen Gedanken von dem Unterſchied unter dem obern und nutzbaren Eigenthum in Zepernicks Samml. auserleſ. Abh. aus dem Lehnrecht, 4. B. 61. Abh. So viel iſt auch gewiß, daß in den Geſetzen die Namen dominium plenum und minus plenum, directum und vtile nicht vorkommen. Indeſſen ſind dieſe Wörter einmal angenommen, ſie verurſachen keine Verwirrung, und wenn man, wie jene Schriftſteller thun, behauptet, daß der dominus directus allein das Eigenthum, der vtilis blos vſum fructum habe, ſo legt man dem Wort vſusfructus eine Bedeutung bey, die es gewöhnlich nicht hat. Der vſufructuarius hat kein ius alienandi, vindicandi und transmittendi ad heredes, welche Rechte doch dem domino vtili zukommen. Kahl am a. O. geſteht daher ſelbſt, daß dem Vaſall, emphy-

emphyteutae und ſuperficiario einige Ausflüſſe des Eigenthumsrechtes zukommen. Warum ſoll man aber einen Niesbrauch, der mit einiger Proprietät verbunden iſt, nicht dominium vtile nennen dürfen?

§. 292. Entweder feudum, oder emphyteuſis oder ſuperficies.

Wann man aber auf die Veranlaſſung dieſes dominii und ſeine Modificationen reflectirt: ſo iſt es dreyerley: *feudum*, *emphyteuſis* und *ius ſuperficiarium*. Was feudum ſey, iſt oben im Proömium, §. 14. kürzlich erklärt worden: im Lehnrecht geſchieht es ausführlicher. Von der Emphyteuſis, wird eine eigene Abhandlung im 25ten Titel des dritten Buchs vorkommen; das ius ſuperficiarium will ich hier erklären. Man verſteht im römiſchem Recht unter dem Wort ſuperficies alles, was über dem Erdboden erbauet wird, Häuſer, Stallungen, Mauern ꝛc. Wann ich einem das Recht gebe, auf meinem Grund und Boden eine ſuperficiem z. E. ein Haus zu errichten: ſo entſteht ein dominium minus plenum, welches ius ſuperficiarium heiſt. Ich ſetze nemlich voraus, daß ich dem andern den Grund und Boden nicht eigenthümlich überlaſſe; ſondern daß er nach wie vor mein bleibe. In dieſem Fall iſt der andere dominus vtilis, er beſitzt das Haus, zieht alle Nutzungen davon, kann es veräuſſern, abbrechen u. ſ. w. Ich der Grundherr aber kann doch das Haus vindiciren, wann es in die Hände eines dritten unrechtmäſſigen Beſitzers kommt, und habe das Recht, eine Abgabe vom Beſitzer zu fordern, welche *ſolarium* Grundzinß heiſt; deswegen ſchreibt man mir ein dominium directum zu.

§. 293. Was iſt titulus und modus adquirendi?

Wir haben eine Gattung des dinglichen Rechtes, das Eigenthum kennen gelernt. Nun unterſuchen wir, wie und auf wie vielerley Weiſe man dieſes Recht ſich erwerben könne. Wenn man ſich ein dingliches Recht erwerben will, ſo ſind zwey Stücke nöthig: ein rechtmäſſiger Titel und ein *modus adquirendi*. Nemlich es muß zuforderſt ein rechtlicher Grund vorhanden ſeyn, der es möglich macht, das dingliche Recht zu erwerben. Dazu muß ein körperliches factum kommen, wodurch das dingliche Recht wirklich auf mich übertragen wird. Jener rechtliche Grund heiſt *titulus*; dieſes körperliche factum aber *modus adquirendi*. Z. E. ich kaufe im Buchladen ein Buch, und laſſe mir es übergeben. Jetzt bin ich Eigenthümer, habe ein dingliches Recht auf das Buch. Mein titulus iſt der Kauf, den ich mit dem Buchhändler geſchloſſen habe; dann dieſer macht es mir möglich, Eigenthümer zu werden. Mein modus adquirendi aber iſt die Tradition. Sie hat jene Möglichkeit in eine Wirklichkeit verwandelt, hat mich wirklich zum Eigenthümer gemacht. Wann ich ein Stück verſteinertes Holz, das niemanden

gehört, finde, und zu mir nehme: ſo bin ich Eigenthümer. Der titulus meines Eigenthums iſt die Rechtsregel: res nullius cedit occupanti; der modus adquirendi iſt die Apprehenſion des Holzes.

Der Titel giebt es ſehr viele im römiſchen Rechte. Dann die Möglichkeit eine Sache zu erwerben, kann daher entſtehen, weil ich ſie **gekauft** habe, (titulus pro emto;) weil ſie mir **vermacht**, (pro legato,) **geſchenkt**, (pro donato,) **bezahlt**, (pro ſoluto,) von meiner Ehefrau zum **Heyrathsgute** gegeben iſt, (pro dote;) weil ſie jemand **derelinquirt**, (pro derelicto,) (§. 296.) mir durch einen **Tauſch** überlaſſen, (pro permutato,) in einem **Vergleiche** abgetretten; (pro transacto) oder weil mir ſie der **Richter** zugeſprochen hat, (Pro adiudicato.) Hat jemand einen rechtmäſſigen Titel, der aber keinen eignen Namen führt, z. E. er hat eine Sache occupirt, (welche aber nicht derelinquiret iſt, dann ſonſt hätte der Titel einen Namen,) (§. 296.) oder durch **Acceſſionsrecht** erhalten: (§. 308. ſeqq.) ſo ſagt man er habe ſie pro ſuo. Mehr von dieſem Titel ſuche man in den Pandecten Lib. 41. Tit. 10.

In der Anmerkung ſteht: der Regel nach giebt der Titel allein weiter nichts als ein ius ad rem; wer ein ius in re erwerben will, muß titulum und modum adquirendi haben. Indeſſen giebt es einige Ausnahmen von dieſer Regel, wo der bloſe Titel ein ius in re giebt, die ebenfalls in den Pandecten, im Titel de adquirendo rerum dominio vorgetragen werden.

§. 294. Die Erwerbungsmittel ſind entweder im Naturrecht, oder im bürgerlichen Recht gegründet.

Die Erwerbungsmittel ſind von verſchiedener Art, wie die 13. Tabelle zeigt. Einige ſind im Naturrecht gegründet, und in den bürgerlichen Geſetzen beſtättiget; andere kennt das Naturrecht nicht; ſie ſind blos eine Erfindung der bürgerlichen Geſetze. Jene heiſen *modi adquirendi iuris naturalis:* dieſe *modi adquirendi iuris ciuilis.* Z. E. das Naturrecht kennt die **Occupation**. Wer eine herrnloſe Sache zu ſich nimmt, in der Abſicht ſie zu behalten, wird Eigenthümer davon. Die römiſchen Geſetze beſtätigen dies. Daher iſt die Occupation ein modus adquirendi iuris naturalis. Hingegen weiß das Naturrecht nichts von Teſtamenten. Die Erwerbung einer Erbſchaft aus dem Teſtament des Verſtorbenen iſt alſo eine bloſe Erfindung der bürgerlichen Geſetze, ein modus adquirendi iuris ciuilis.

§. 295. Von den natürlichen Erwerbungsarten.

Die modi adquirendi iuris naturalis ſind: occupatio, acceſſio, fructuum perceptio, traditio. In den vorigen Ausgaben dieſes Lehrbuchs ſind nur drey angegeben: occupatio, acceſſio, traditio. Aber die fructuum perceptio

ceptio iſt ein eigenes Erwerbungsmittel, das ſich unter keines der übrigen bringen läßt, wie **Huber** (* 1) ſchon bemerkt, und **Gmelin** (* 2) ſehr gut gezeigt hat. Heineccius hat ſie zwar unter die Acceſſion gerechnet, aber ſie iſt davon weſentlich verſchieden. Durch die Acceſſion acquirire ich nur Sachen, die mit der meinigen verbunden werden. Die fructuum perceptio aber kommt auch ſolchen Perſonen zu ſtatten, die **keine Eigenthümer** ſind, z. E. dem Miethsmanne.

(1) *Huber* praelect. h. t. n. 35.
(2) *Chriſt. Gottl. Gmelin* in diſſ. cit. §. 1.

§. 296. Erklärung der Occupation.

Die erſte natürliche Erwerbungsart iſt alſo die **Occupation**. Man verſteht darunter die Apprehenſion einer herrnloſen Sache, in der Abſicht, ſie zu der ſeinigen zu machen. Alſo ſie ſetzt erſtlich herrnloſe Sachen, res nullius voraus. Dinge, die ſchon einen Eigenthümer haben, kann man nicht durch Occupation an ſich bringen. Herrnloſe Sachen aber giebt es von dreyerley Art: a) ſolche, die ihre urſprüngliche Eigenſchaft behalten, und noch nie einem Menſchen gehört haben. Nach Erſchaffung unſerer Erde waren alle Dinge herrnlos; noch niemand hatte eine Sache occupirt, und ſich ausſchließlich zugeeignet. Sobald aber Menſchen anfiengen zu leben, eigneten ſie ſich gewiſſe Dinge zu; der eine eine Höle zur Wohnung; der andere Feldfrüchte, die er gepflanzt hatte; der dritte Thiere u. ſ. w. Als ſich die Menſchen vervielfältigten, wurden immer mehrere Sachen occupirt; ſo daß heutigestages in den bewohnten Welttheilen das meiſte occupirt iſt. Doch giebt es noch manche herrnloſe Sachen, Inſekten, Vögel, Mineralien u. ſ. w. Auch giebt es noch Theile des feſten Landes und Inſeln, welche nicht occupirt ſind. Die herrnloſe Sachen aber können auch b) durch die **Dereliction** entſtehen. Wann ich zu erkennen gebe, daß ich eine Sache nicht mehr haben wolle: ſo iſt ſie **derelinquirt**, und eine res nullius. So kann ich z. E. einen Acker derelinquiren, wann ich ihn ohne Cultur liegen laſſe, weil er ſteinigt und unfruchtbar iſt; ich kann einen Hund derelinquiren, wann ich ihn wegjage u. ſ. w. Endlich kann auch c) eine Sache dadurch res nullius werden, weil der Eigenthümer durch die Länge der Zeit vergeſſen worden, und nicht mehr ausfindig zu machen iſt. Wann man z. E. vergrabenes Geld findet, und niemand weiß, wem es gehört: ſo iſt es res nullius.

Das zweyte Erforderniß der Occupation iſt die Apprehenſion. Darunter iſt aber nicht gerade eine **Ergreifung**, eine **Berührung** zu verſtehen, ſondern jede **Handlung, wodurch ich die Sache in ſolche Umſtände ſetze, daß ich darüber diſponiren kann.** Alſo der Vogel iſt apprehendirt, ſo

bald er ſich in meine Schlingen oder Netze verwickelt hat; der Haſe, wann er geſchoſſen iſt; das im Waſſer ſchwimmende Holz, wann ich es aufgefangen habe.

§. 297. Grundſätze derſelben.

1) Wer eine herrnloſe Sache apprehendirt, mit der Abſicht ſie eigenthümlich zu haben, der wird wirklich Eigenthümer davon. Dieß drückt man kurz aus: *res nullius cedit occupanti*. 2) Die Occupation erfordert a) die Abſicht eine Sache zu haben, und b) eine körperliche Handlung. Alſo eine bloſe mündliche Erklärung iſt nicht hinreichend. Nur fragt ſichs, was für eine körperliche Handlung iſt dann erforderlich? Man mache einen Unterſchied: entweder iſt die zu occupirende Sache in einem gewiſſen Zuſtande von Freyheit, ſo daß ich ſie noch nicht in meiner Gewalt habe, z. E. ſo lange der Haſe noch läuft, der Vogel fliegt, der Fiſch im Fluſſe ſchwimmt, iſt er noch frey, und nicht in meiner Gewalt; **oder die Sache iſt dergeſtalt in meiner Gewalt, daß ſie mir nicht anderſt entgehen kann, als wann ſie mir andere Menſchen wegnehmen**; z. E. das gefundene Mineral liegt vor meinen Füſſen. Im erſten Falle muß ich eine Handlung unternehmen, wodurch ich die Sache in meine Gewalt bringe; ich muß z. E. den Haſen ſchieſſen, den Vogel oder Fiſch fangen. Im zweyten Fall iſt es genug, wann ich mich in den Anblick der Sache, (in conſpectum rei,) begebe, und mit Worten erkläre, daß ich ſie haben wolle (* 1).

(1) *Cocceji* in iur. controv. tit. de adquir. rer. dom. Qu. I. *Gundlingiana* part. 31. pag. 1. ſeqq.

§ 298. Gattungen der Occupation.

Die Gattungen der Occupation ſind das **Jagen**, welches, im weitläuftigen Verſtande genommen, auch den **Vogelfang** und das **Fiſchen** in ſich faßt; die **Eroberung** und das **Finden**.

§. 299 Vom Jagen.

Das Jagen iſt eine Occupation wilder Thiere, die auf der Erde, oder in der Luft, oder im Waſſer leben. Dann nach den Grundſätzen der Römer ſind die wilden Thiere res nullius, und können daher von jedem occupirt werden.

In der Anmerkung werden die Thiere in **wilde**, **zahmgemachte** und **zahme** eingetheilt. Der Unterſchied iſt ſehr bekannt, und hat practiſche Folgen, wie der folgende Paragraph zeigen wird. **Wilde Thiere** ſind, welche im Zuſtande der natürlichen Freyheit leben, den Menſchen fliehen, und wann ſie gefangen werden, ſich bemühen, ihre Freyheit wieder zu erlangen. Wann

ein ſolches wildes Thier eingeſperrt geweſen, und nach und nach ſeine wilde Natur abgelegt hat; ſo daß es nun nicht mehr weglauft: ſo iſt es zahm gemacht. Endlich zahme Thiere ſind, welche nicht frey herum ſchweifen, ſondern in der Geſellſchaft der Menſchen leben, Rindvieh, Schafe, Hunde u. d. gl. Uebrigens kann in dieſem Lande ein Thier zahm, in einem andern wild ſeyn, und dieſelbige Thierart kann wilde und zahme Gattungen haben, wie man bey den Schweinen, Pferden, Gänſen u. a. ſieht (* 1). Noch merkt unſer Autor an, daß die römiſche Geſetze die Bienen, Tauben und Pfauen zu den wilden Thieren rechnen. Dieß iſt von den Waldbienen zu verſtehen, nicht von denen, die man zu Haus in Stöcken hält. Auch ſind die Haustauben nicht gemeynt, und daß es auch zahme Pfauen gebe, iſt bekannt. Um dieſe triviale Anmerkung mit einer weniger trivialen zu beſchlieſſen, führe ich noch an, daß von 300 Arten vierfüßiger Thiere, und 1500 Vögelarten, die auf dem Erdboden ſind, der Menſch nur 19 bis 20 zu Hausthieren erwählt, und zahm gemacht hat (* 2).

(1) *Marckart* diſſ. de diuiſ. animalium iuridica, in exercit. n. 8.
(2) Buffon Epochen der Natur 2. B. S. 165. der deutſchen Ueberſ.

§. 300. Fortſetzung.

Die wilde Thiere werden nach römiſchem Recht als herrnloſe Dinge angeſehen. Daraus folgt 1) daß ſie jedermann zu fangen, zu erlegen und ſich zu zueignen befugt iſt. 2) Nicht nur auf meinen eignen Grundſtücken darf ich ſie fangen, ſondern auch auf fremden. Wann es mir der Eigenthümer erlaubt, ſo hat die Sache keinen Zweifel. Wie aber, wann er mir es verbietet, und ich dem ungeachtet auf ſeinem Grundſtücke jage? Auch in dieſem Fall iſt nach der richtigern Meynung das erlegte oder gefangene Thier mein (* 1); der Eigenthümer aber kann eine Injurienklage gegen mich anſtellen (L. 13 §. 7. D. de iniur.), und die Erſetzung des Schadens verlangen, wann ich ihm dergleichen auf ſeinem Grundſtücke, an den Früchten oder ſonſt zugefügt habe. Juſtinian ſagt §. 12. Et nec intereſt feras beſtias et volucres, vtrum in ſuo fundo quis capiat, an in alieno. Plane, qui alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia poteſt a domino, ſi is praeviderit, prohiberi ne ingrediatur. Wahr iſt, daß ich unerlaubt handle, wann ich auf eines andern Grundſtück gegen des Eigenthümers Willen jage. L. 16. D. de. S. P. R. Allein man muß hier zwey Handlungen unterſcheiden, den actum *ingreſſionis* und *occupationis*. Jener iſt verboten, dieſer erlaubt. 3) Man darf nur wilde Thiere fangen und erlegen, keine die ein anderer in Thiergärten eingeſchloſſen hat; keine Bienen in Bienſtöcken, keine Fiſche in fremden Teichen, dieſe ſind keine herrnloſe Dinge, und wer ſie wegnimmt,

begehet einen Diebſtahl. 4) Kann man aber Thiere, welche ihrem Eigenthümer entlaufen, occupiren. Man muß einen Unterſchied zwiſchen zahmen, zahmgemachten und wilden Thieren machen. Zahme Thiere, die mir gehören, darf niemand ſich zueignen, wenn ſie noch ſo weit und ſo lang entlaufen ſind. 5) Zahmgemachte Thiere darf man ſo lange ſich nicht zueignen, als ſie ſich zu ihrem Herrn halten. So bald ſie aber weglaufen, die natürliche Freyheit ſuchen, und nicht mehr zurück kehren mögen; ſo ſind ſie wieder herrenloſe Dinge, und jedermann kann ſie occupiren. 6) Wann endlich ein von mir eingeſchloſſen geweſenes wildes Thier aus ſeiner Gefangenſchaft entwiſcht: ſo iſt es entweder noch in meinem Geſicht; oder es iſt aus dem Geſicht verſchwunden. Im letzten Fall iſt es res nullius; dann man vermuthet, ich habe es derelinquirt (* 2). Iſt es mir hingegen noch in den Augen: ſo iſt entweder ſeine Verfolgung noch leicht, oder ſchwer. So lange die Verfolgung noch leicht iſt; bleibt es mein. So bald aber die Verfolgung ſchwer iſt, verliehre ich mein Eigenthum. Die Frage iſt nur, was heiſt das: die Verfolgung iſt ſchwer oder iſt leicht. So lang das Thier noch in ſolchen Umſtänden iſt, daß es leichter iſt, daſſelbe wieder zu erhalten, als ein anderes von der Art, das noch nicht eingefangen geweſen iſt: ſo iſt die Verfolgung leicht. So bald es aber eben ſo ſchwer iſt, dieſes mir entlaufene Thier wieder zu bekommen, als ein anderes von derſelben Art, das allezeit frey war, ſo iſt die Verfolgung ſchwer. Jetzt iſt zu vermuthen, daß ich das Thier derelinquirt habe; nun iſt es alſo res nullius, und kann von jedermann occupirt werden. Z. E. ein Vogel entflieht mir, und ſetzt ſich auf ein benachbartes Haus. Wann er eben ſo wild iſt, als ein anderer Vogel von dieſer Gattung, und es eben ſo ſchwer iſt, ihn wieder zu fangen: ſo iſt ſeine Verfolgung ſchwer, und die Dereliction zu vermuthen. Geſetzt aber, er fliegt mit Mühe, nur nahe an der Erde hin; und es iſt leichter möglich, ihn wieder zu erhalten, als einen andern von ſeiner Gattung, der frey herum fliegt. In dieſem Falle iſt die Verfolgung noch leicht, und die Dereliction wird noch nicht vermuthet.

(1) *Hunn.* in reſolut. Lib. 2. Tract. 1. Quaeſt. 12. *Strauch.* diſſ. 6. ad ius Iuſtin. th. 28. *Vinn.* ad §. 12. I. h. t. n. 3. Anderer Meynung ſind *Cuiac.* lib. 4. obſ. cap. 2. *Leyſer* ſp. 440. med. 4.

(2) *Grot.* de iur. bell. et pac. lib. 2. cap. 8. §. 3. *Kulpis* diſſ. acad. pag. 344. ſeqq.

§. 301. Fortſetzung.

Die Jagd iſt eine Gattung der Occupation; die Occupation eine Apprehenſion; dieſe aber iſt eine Handlung, wodurch ich die Sache in ſolche Umſtände bringe, daß ich darüber diſponiren kann. Daraus folgt, daß die leichte Verwundung eines Thieres noch keine Occupation iſt; dann ſie bringt das Thier

noch

noch nicht in die Umſtände, daß ich darüber diſponiren kann, Wie aber wann die Verwundung tödtlich iſt, ſo daß mir das Thier nicht mehr entgehen kann? In dieſem Fall iſt es nach dem Naturrecht ſchon occupirt, und während der Zeit als ich es verfolge, iſt kein anderer befugt es zu erlegen (*[1]). Dieſe Entſcheidung vertheidigten auch verſchiedene alte Juriſten, unter andern Trebatius (*[2]). Aber Juſtinian hat ſie im §. 13. I. h. t. verworfen, und zur Occupation eines Thiers ſchlechterdings die völlige Erlegung oder Fangung erfordert. Sein Grund iſt: quia multa accidere ſolent, vt feram vulneratam non capias.

Allein gilt dieſe Verordnung in Teutſchland? Man bemerke 1) wann mehrere in einem gewiſſen Diſtrict die Jagd haben, und einer ein Thier anſchieſſet, ſo iſt es darum noch nicht ſein, ſondern ein anderer kann es erlegen und ſich zueignen. Für das römiſche Recht ſtreitet auch in dieſem Puncte die Präſumtion, wo nicht etwas anders hergebracht oder durch Particulargeſetze verordnet iſt. 2) Verſchiedene alte deutſche Geſetze erlauben einem, der die Jagd hat, ein angeſchoſſenes Thier auch in fremde Wildbahnen zu verfolgen. Man nennt dieſes Recht die **Jagdfolge**, **Wildfolge**, **Nacheile**, **Nachſetzung**. 3) Dieſes Recht gilt auch noch heutigestages an den meiſten Orten, doch mit mancherley Modificationen. Allein nun fragt ſich's 4) ob in dem Falle, wenn ich ein angeſchoſſenes Wild in eine fremde Wildbahn verfolge, der Herr dieſer Wildbahn befugt ſey, mich zu präveniren und das Wild zu erlegen. Verſchiedene (*[3]) verneinen es; ſie glauben es folge aus dem Begriff der Jagdfolge, daß der andere das Thier nicht erlegen dürfe. Andere (*[4]) behaupten daß auch in dieſem Falle das römiſche Recht gelte, wann nicht durch Verträge, beſondere Geſetze oder Gewohnheiten ein anderes feſtgeſetzt ſey, und dieſe Meynung halte ich für die gegründetſte.

(1) *Puffendorf* de I. N. et G. lib. 4. cap. 6. §. 10.

(2) *Gundling* diſſ. de C. Trebatio Teſta. §. 30. in exercitat. academ. Tom. 1. pag. 214.

(3) *Io. Hartmuth Rays* diſſ. de ferar. perſecutione in territorio alieno §. 21. *Io. Iod. Beck* de iurisd. foreſt. cap 13. §. 4. p. 252.

(4) *Leyſer* Sp. 441. med. 11. Chriſt. Gottl. Riccius Entw. der in T. üblichen Jagdgerechtigkeit, Cap. 8. §. 5.

§. 302. Von der Kriegseroberung.

Die occupatio bellica, Kriegseroberung hat folgende Beſchaffenheit. Wann ich mit jemand einen von meiner Seite gerechten Krieg führe: ſo iſt mir alles erlaubt, was nöthig iſt, um mir Genugthuung wegen der erlittenen Beleidigung, und Sicherheit für die Zukunft zu verſchaffen. Wann alſo die Wegnahme und Zueignung der feindlichen Sachen ein Mittel dazu

dazu iſt: ſo iſt ſie auch erlaubt; und dieſe heiſt occupatio bellica. Alſo die Sachen meines Feindes ſind, wie die Anmerkung ſagt, keine wirklich herrnloſe Dinge. Ich bin aber befugt, ſie wegzunehmen, und mir zu zueignen, ſo gut als ob ſie res nullius wären; weil dieß nöthig iſt, um Erſatz für die vom Feinde erlittene Beleidigung und künftige Sicherheit zu bekommen. Dieſe Occupation aber hat 1) nicht in einem Bürgerkriege ſtatt, dann ſie ſetzt voraus, daß der Occupirende das Recht Krieg zu führen habe. Bürger aber ſind nicht befugt, mit Bürgern zu kriegen. 2) Wann ich Krieg führe: ſo läßt ſich der Feind ſeine Sachen nicht gutwillig wegnehmen; er widerſetzt ſich, und ſucht, was ihm weggenommen wird, wieder zu bekommen. Die Eroberung iſt alſo 3) bey beweglichen Sachen nicht eher vollendet, als bis ich dieſelbe in Sicherheit, in die Garniſon, oder in das Lager, gebracht habe (* 1); bey unbeweglichen nicht eher, als bis ſie mit Feſtungswerken dergeſtalt verſchanzt ſind, daß der Feind ſie nicht wieder beſetzen kann, ohne dieſe Werke einzunehmen (* 2). Nach den heutigestags üblichen Gewohnheiten ſieht man darauf, ob die bewegliche Sache 24 Stunden in des occupirenden Händen geweſen ſey, oder nicht. Nur in dem erſten Fall iſt die Occupation vollendet (* 3). 4) Wem ſteht das Recht der Eroberung zu, dem **welcher Krieg führet**, oder den **einzelnen Soldaten**? Man diſtinguire: die eroberte Sachen ſind entweder bewegliche, oder unbewegliche. Die letzte gehören allezeit der Kriegführenden Macht; ager hoſtium *publicatur* heiſt es in der L. 20. §. 1. D. de captiv. et poſtlim. d. i. reipublicae adquiritur. Die Römer nahmen gewöhnlich den beſiegten Völkern einen Theil ihrer Ländereyen ab, und eigneten ſie ſich zu. Wann aber bewegliche Sachen erbeutet werden, ſo iſt dem Soldat entweder die **Plünderung** erlaubt worden, und er hat bey dieſer Gelegenheit Beute gemacht, oder **nicht**. Im erſten Falle gehört die Beute dem Soldaten, im letzten iſt die Sache nach römiſchem Recht ſehr zweifelhaft, und man kann fünf und mehr verſchiedene Meynungen der Juriſten über dieſe Frage zählen (* 4). Ich glaube, daß man einen Unterſchied zwiſchen den Dingen gemacht hat, welche ein einzelner Soldat einzelnen Feinden abnahm, und zwiſchen ſolchen, welche ein ganzes Corps oder Commando Soldaten von dem Feind erbeutet. Jene ließ man den Soldaten, dieſe aber gehörten dem Staate, und ein Soldat, welcher etwas davon nahm, begieng einen *peculatum*, d. i. einen Diebſtahl am Staate.

(1) Dieß ſcheint mir eine aus dem Begriff der Occupation flieſſende, und in der L. 5. §. 1. L. 19. § 3. L. 30. D. de captiv. gegründete Regel zu ſeyn. Andere z. E. *Ziegler* de iur. maieſt. lib. 1. cap. 23. §. 79. *Voet.* ad pand. Lib. 49. Tit. 15. §. 3. *Marckart* interpret. receptar. iur. civ. lect. lib. 1. cap. 10 et 11. behaupten, daß eine bewegliche Sache ſogleich, ſo wie ſie erbeutet wird, dem

Erbeutenden gehöre weil Juſtinian §. 17. h. t. ſage: quae ex hoſtibus capimus, iure gentium ſtatim noſtra fiunt.

(2) *H. Grotius* de iur. bell. et pacis, Lib. 3. cap. 6. §. 4.

(3) *Stryk* vſ. mod. Lib. 49. Tit. 15. § 3.

(4) *Cuiac.* obſ. Lib. 19. cap. 7. *Douell.* commentar. Lib. 4. cap. 21. *Merenda* controv. Lib. 1. cap. 22. *Ziegler* l. c §.

§. 303. Vom iure poſtliminii.

Im Kriege kommt ein Recht vor, welches *ius poſtliminii* heiſt. Es iſt **die Wiedererlangung meiner im Kriege verlohrnen Rechte**, und kann vorkommen 1) bey unbeweglichen Gütern, 2) bey beweglichen Sachen, 3) bey Perſonen. Wann nemlich 1) der Feind ein Stück Land, das mir gehört einnimmt; z. E. auf meinem Acker eine Schanze aufwirft, nun aber wieder zurück geht und die Schanze verläßt: ſo wird der Acker wieder mein Eigenthum. Wird mir 2) eine bewegliche Sache vom Feinde weggenommen, und unſere Truppen holen ſie zurück: ſo geſchieht dieß entweder noch eher, als der Feind die Sache in Sicherheit gebracht hatte; oder nachdem ſie ſchon in Sicherheit war. Im erſten Falle iſt und bleibt die Sache mein; ſie muß mir alſo unentgeltlich herausgegeben werden. Im letzten Fall aber habe ich kein Recht mehr darauf; will ich ſie haben, ſo muß ich dem ſie abkaufen, der ſie erbeutet hat. 3) War ein Römer vom Feinde gefangen worden, und kam aus der Gefangenſchaft zurück: ſo erhielt er alle ſeine vorige, durch die Gefangenſchaft verlohrne Rechte wieder; oder er hatte das ius poſtliminii; doch nur alsdann, wann er mit Recht, auf **eine erlaubte Art** zurück kam. In welchen Fällen die Zurückkunft rechtmäßig, und in welchen unrechtmäßig war, wird in den Pandecten tit. de captiv. et poſtlim. gezeigt. Unrechtmäßig kamen zurück: 1) die nach geſchloſſenem Frieden dem Feinde entliefen, wann im Friedensſchluſſe die Zurückgabe der Kriegsgefangenen nicht ausbedungen worden war: 2) die Ueberläufer; 3) die, welche freywillig bey dem Feinde geblieben, oder 4) vermöge einer geſchloſſenen Capitulation Kriegsgefangene geworden waren (* 1).

(1) *Marckart* diſſ. de iure poſtliminii ex principiis iuris naturalis et morum hodiernorum in exercitat. num. 6.

§. 304. Vom Finden.

Wann eine bewegliche res nullius, welche kein wildes Thier iſt, occupirt wird: ſo heiſt die Occupation *inuentio*, das **Finden**. Alſo nur **bewegliche** Sachen werden durch Finden erworben; und zwar ſolche die keine **wilde** Thiere ſind, dann dieſe erlangt man durch das Jagen. Die Sachen, welche man durch Finden erwerben will, können übrigens gar mancherley ſeyn. Es gehören dahin Steine, Verſteinerungen, Perlen, Korallen, Bernſtein,

Conchylien, Seegewächſe, und andere Dinge aus dem Mineral- und Gewächsreiche, die man im Felde, an der Seeküſte, auf Bergen u. ſ. w. findet. Dann ſie ſind res nullius, ſo lange ſie noch niemand occupirt hat. Auch zahme Thiere, z. E. Hunde, welche jemand derelinquiret hat, kann man durch Finden erwerben.

§. 305. Von Schätzen.

Auch Schätze gehören dahin. Nemlich Schatz heiſt eine verborgene koſtbare Sache, deren Eigenthümer unbekannt iſt, (cuius non exſtat memoria.) Wann ich einen ſolchen Schatz finde: (ſ. die 14. Tabelle) ſo habe ich entweder Zauberkünſte! dabey gebraucht, oder nicht. Im erſten Fall nimmt ihn der Fiſcus weg; im letzten Falle finde ich ihn entweder auf eigenem Grund und Boden, oder auf eines andern. 2) Wann ich ihn auf meinem Grund finde: ſo iſt er mein. Finde ich ihn aber auf einem fremden: ſo bin ich entweder von dem Eigenthümer des Bodens gemiethet geweſen, oder nicht. Wann mich der Eigenthümer gemiethet hat: ſo geſchah es entweder um einen Schatz zu graben, oder um ein anderes Werk zu machen, z. E. der Schreiner, welcher einen Fusboden legen, der Maurer, welcher ein Fundament graben will, findet den Schatz. 3) Wann der zum Ausgraben eines Schatzes von mir gemiethete Handwerksmann den Schatz findet: ſo iſt er ganz mein, und der Finder kann nichts davon verlangen. 4) Iſt aber der Handwerksmann zu einer andern Arbeit gemiethet geweſen, und findet ungefehr den Schatz: ſo kann er die Hälfte davon verlangen. Geſetzt endlich jemand findet einen Schatz auf fremdem Boden, ohne daß ihn der Eigenthümer gedungen hatte. Alsdann geſchieht es entweder von ungefehr, oder er hat mit Vorſatz nach dem Schatze geſucht. 5) Wann ich von ungefehr auf eines andern Boden einen Schatz finde: ſo iſt er zur Hälfte mein. 6) Gehe ich aber in der Abſicht auf eines andern Grund, um einen Schatz zu graben, und finde dergleichen: ſo iſt er ganz dem Eigenthümer des Grundſtückes, und wann ich ihn behalte, ſo werde ich als ein Dieb geſtraft (*1).

Die Anmerkung ſagt: die Acquiſition eines Schatzes wird in unſern Geſetzen zuweilen zu den Acceſſionen, zuweilen zu den Occupationen gerechnet. Nemlich die alte Juriſten diſputirten, ob ein Schatz iure acceſſionis oder occupationis acquiriret würde (*2). Nach Kayſer Hadrians Verordnung muß man folgende Fälle unterſcheiden: a) wann ich einen Schatz auf meinem Grundſtück finde: ſo iſt er ſowohl iure occupationis als acceſſionis mein. Iure occupationis, dann ich habe ihn gefunden; iure acceſſionis, dann er lag auf meinem Grunde. b) Bekomme ich den Schatz halb, welchen ein anderer auf meinem Grundſtücke gefunden hat: ſo geſchiehet es iure acceſſionis.

Endlich c) wann ich einen Schatz auf fremdem Boden finde, und zur Hälfte bekomme: ſo gründet ſich dieß allein auf das ius occupationis.

(1) *Chriſt. Lud. Crell* diſſ. 1. et 2. de Theſauro a mercenariis aut fabris invento. Viteb. 1749. *Chriſt. Gottl. Richter* diſſ. de iure theſauri a mercenario inventi, Lipſ. 1773.

(2) *Heineccius* ad *Vinnium* §. 39.

§. 306. Welche Sachen man nicht durch Finden erwerben kann.

Wir haben Beyſpiele von Dingen geſehen, die man durch **Finden** erwerben kann. In dieſem §. werden einige Sachen benennt, welche man nicht auf dieſe Art an ſich bringen kann. Dergleichen ſind 1) verlohrne Sachen. Sachen, die ich aus der Taſche verliehre; an einem fremden Ort aus Vergeſſenheit zurücklaſſe; die von der Poſtchaiſe fallen u. ſ. w. Dann das Eigenthum iſt kein ius momentaneum, (§. 285.) es geht nicht zu Grunde, wann gleich der Beſitz verlohren geht; und der Eigenthümer hat die Sache auch nicht derelinquirt. 2) Wann ein Blödſinniger, ein Betrunkener, oder jemand im Zorn eine Sache wegwirft. Dann auch dieſer hat die Abſicht nicht, die Sache zu derelinquiren, und jene können eine ſolche Geſinnung gar nicht haben. 3) Sachen, die zur Zeit des Sturms aus einem Schiffe geworfen worden, um es zu erleichtern. Der Grund iſt der eben angeführte, die Abſicht der Dereliction fehlt.

§. 307. Heutiger Gebrauch.

Noch iſt der heutige Gebrauch der Lehre von der Occupation anzuführen. 1) Die größern wilden Thiere werden bey uns nicht mehr als res nullius angeſehen. Sie ſind res publicae, welche dem Volke gehören, in deſſen Gebiete ſie ſich aufhalten, oder dem Landesherrn. Die Jagd iſt alſo kein modus adquirendi res nullius; ſondern wer jagen will, muß ein beſonderes **Recht** zu jagen oder wie man ſagt, er muß die **Jagd** haben; ſonſt begeht er einen Diebſtahl, einen **Wilddiebſtahl**. Wer aber das Recht zu jagen habe, wird durch die Landesgeſetze und Obſervanz beſtimmt. An vielen Orten iſt die Jagd ein Regal, ein landesherrliches Recht; das alſo kein Unterthan ohne landesherrliche Conceſſion ausüben kann. An andern iſt ſie ein Recht adelicher Güter, (pertinentia fundi nobilis.) Wer ein adeliches Gut beſitzt, darf darauf jagen. Wieder an andern iſt nur die hohe Jagd ein Regal. Es giebt auch Gegenden, wo man die **freye Pürſch** hat; das heiſt, wo jeder Bürger jagen kann.

2) Was die Beute belangt: ſo haben wir zweyerley Soldaten, **regulirte Truppen**, und **Freycorps**, milites, qui ſponte caſtra ſequuntur, ut praedatum exeant, ſagt unſer Autor. Die letzte haben ein vollkommenes

Recht auf die Beute. Dann ſie bekommen wenig Sold, werden zu den beſchwerlichſten Expeditionen gebraucht, und abgedankt, ſo bald der Krieg zu Ende iſt. Wann aber regulirte Truppen Beute machen: ſo diſtinguirt man, ob es Geſchütz, Munition, Magazine, öffentliche Caſſen, oder ob es etwas anderes iſt. Jene Sachen gehören der kriegführenden Nation, dieſe aber läßt man den Soldaten (* 1). Was ein Freycorps zu Land iſt, das ſind die Capers zur See. Alſo auch dieſen gehört alles, was ſie aufbringen.

3) An einigen Orten eignet ſich der landesherrliche Fiſcus Dinge zu, welche an der Seeküſte gefunden werden, z. E. der Bernſtein, der ſich an den Küſten der Oſtſee findet, wird von den Königl. Preußiſchen Bernſteinfiſchern geſammlet, und niemand anders darf ihn zu ſich nehmen. Auch die Schätze appropriiret ſich in manchen Ländern der Fiſcus. Daher das Sprichwort: ein Schatz gehört dem Finder, wann er ſchweigen kann. Indeſſen glaube man nicht, daß deswegen alle herrnloſe Sachen dem Fiſcus gehören. Nein; nur alsdann gehört ihm eine ſolche Sache, wann er ein Recht darauf hergebracht hat (* 2).

4) Daß in ältern Zeiten die Anwohner der Flüſſe in Deutſchland, desgleichen die Bewohner der Seeküſten Güter, die an den Strand geworfen worden, ſich zugeeignet; oder das Strand- Grund- Ruhe- oder Fahrrecht, wie man es nennte, ausgeübt haben, iſt gewiß. Daß es auch noch heutigestages heimlich geſchiehet, iſt eben ſo wenig zu leugnen (*3). Indeſſen iſt es in der auth. nauigia C. de furtis vom Kayſer Friederich II. und im 218. Artikel der H. G. O. Carls V. verboten (* 4). In manchen Ländern eignet ſich der Fiſcus die Güter der Schiffbrüchigen zu. Man läßt dieſe Güter ſammeln und in das Bergehaus bringen, wo ſie eine gewiſſe zeitlang bleiben, und dem Eigenthümer gegen Entrichtung des Bergegeldes ausgeliefert werden. Meldet ſich in beſtimmter Zeit niemand, ſo werden ſie zum Beſten des Fiſci verkauft.

(1) *Stryk* vſ. mod. tit. de captiv. §. 2. Struben rechtl. Bed. 2. B. S. 100.
(2) Struben rechtl. Bed. 2. Theil 278. Seite und 4. Theil 279. Seite.
(3) Daß in Helgeland und Jütland dieſe Gewohnheit noch iſt, bezeugt Nugent in ſ. Reiſen 1. Theil. 12. Seite.
(4) *Reinhart* ad *Chriſtin.* Vol. 5. obſ. 8.

§. 308. Von der Acceſſion.

Der zweyte modus adquirendi heiſt *acceſſio.* Man verſteht darunter eine Erwerbung einer acceſſoriſchen Sache, welche ſich darauf gründet, daß dieſe acceſſoriſche Sache mit meiner Principalſache vereinigt worden iſt. Sie iſt entweder *naturalis*, oder *induſtrialis*, oder *mixta.* Wann nemlich durch die Wirkungen der lebloſen Natur ohne menſchliches Zuthun

thun eine Sache mit der meinigen vereinigt wird: ſo heiſt es acceſſio naturalis. Hat hingegen ein Menſch die Sachen mit einander verbunden: ſo iſt es acceſſio artificialis oder induſtrialis; und wann beydes zuſammen gewirkt hat, Kräfte der lebloſen Natur und Bemühung des Menſchen: ſo iſt es acceſſio mixta. Einige ſetzen, und zwar mit Recht, noch die acceſſionem *fortuitam* zu, die in dem Falle ſtatt hat, wann ich einen auf meinem Grundſtücke gefundenen Schatz acquirire. (§. 305.) In allen drey Fällen übrigens giebt das römiſche Recht die Regel: *acceſſorium ſequitur principale*; der, welchem die Principalſache gehört, acquirirt die acceſſoriſche Sache. Allein was heiſt Principal- was heiſt acceſſoriſche Sache? Dieſe Frage läßt ſich nicht mit einer allgemeinen Antwort beantworten. Zuweilen heiſt a) res principalis die Sache, aus der eine andere entſteht; in oder an der eine andere erzeugt wird. Wenn eine Sklavin ein Kind gebiehrt, ſo iſt das principale, das Kind ein acceſſorium. Wann der Fluß an meinen Acker Land anſetzt: ſo iſt der Acker das principale, der Anwuchs acceſſorium. Verläßt ein Fluß, der an meinen Ländereyen herfloß, ſein altes Waſſerbette; ſo iſt meine Länderey das principale, das verlaſſene Waſſerbett ein acceſſorium. In andern Fällen b) heiſt acceſſorium das Ding, welches man braucht, um ein anderes zu zieren, und dieſes letzte heiſt principale; z. E. die Treſſen und Stickerey auf einem Kleide ſind acceſſorium, das Kleid principale. Ferner wird c) zuweilen das koſtbarere Ding in Rückſicht auf das minderkoſtbare für die Principalſache gehalten; z. E. bey einem Gemählde iſt die Tafel, das Linnen ꝛc. worauf gemahlt iſt, acceſſorium; die Mahlerey ſelbſt aber das principale. Sodann heiſt auch d) principale das, was den größern Theil eines Dinges ausmacht; acceſſorium aber der geringere Theil. Z. E. ein Balken iſt in Anſehung des ganzen übrigen Hauſes, eine Handhabe in Anſehung des Gefäſſes, woran ſie iſt, ein acceſſorium. Endlich e) heiſt acceſſorium ein Ding, das man ohne ein anderes nicht wohl gebrauchen kann; und dieſes andere iſt das principale. Z. E. Sattel und Zeug ſind ein acceſſorium des Pferdes. Dann ohne Pferd ſind ſie nicht zu gebrauchen.

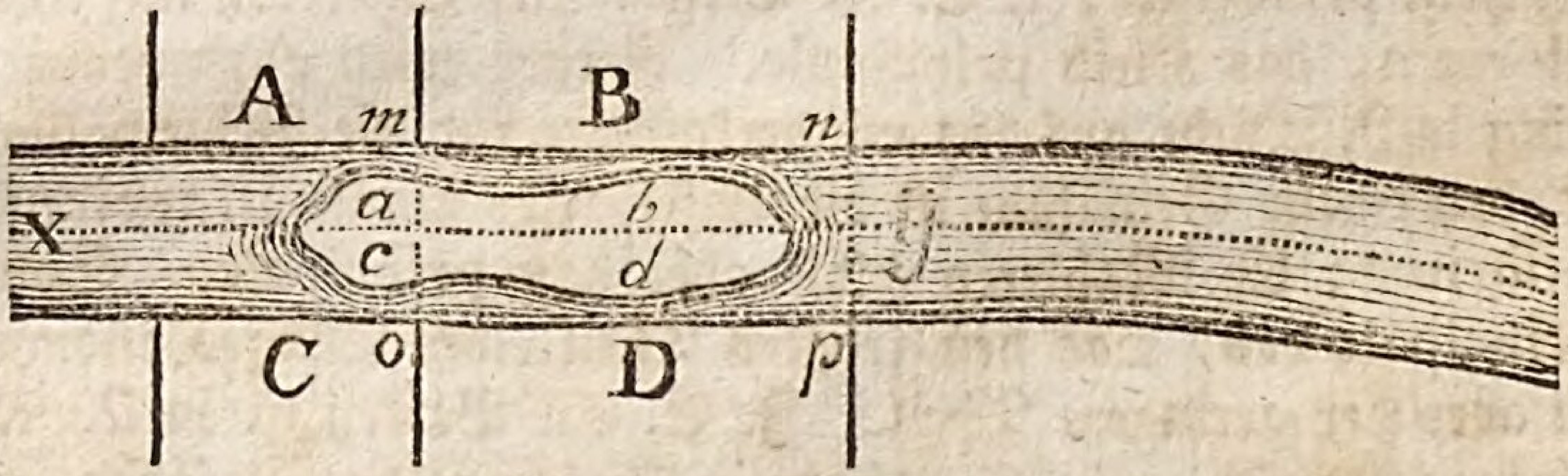
§. 309. Gattungen der natürlichen Acceſſion.

Die Gattungen der natürlichen Acceſſion ſind: *partus ancillae*, *natiuitas inſulae in flumine*, *vis fluminis* oder *auulſio*, *aluei mutatio*. Partus ancillae, wann meine Sklavin ein Kind gebiehrt; natiuitas inſulae, wann in einem Fluſſe, an deſſen Ufer ich Ländereyen beſitze, eine Inſel entſteht; alluuio, wann der Fluß nach und nach an mein Land etwas anſetzt; vis fluminis oder auulſio, wann der Fluß ein Stück Land auf einmal losreißt, und es an meine

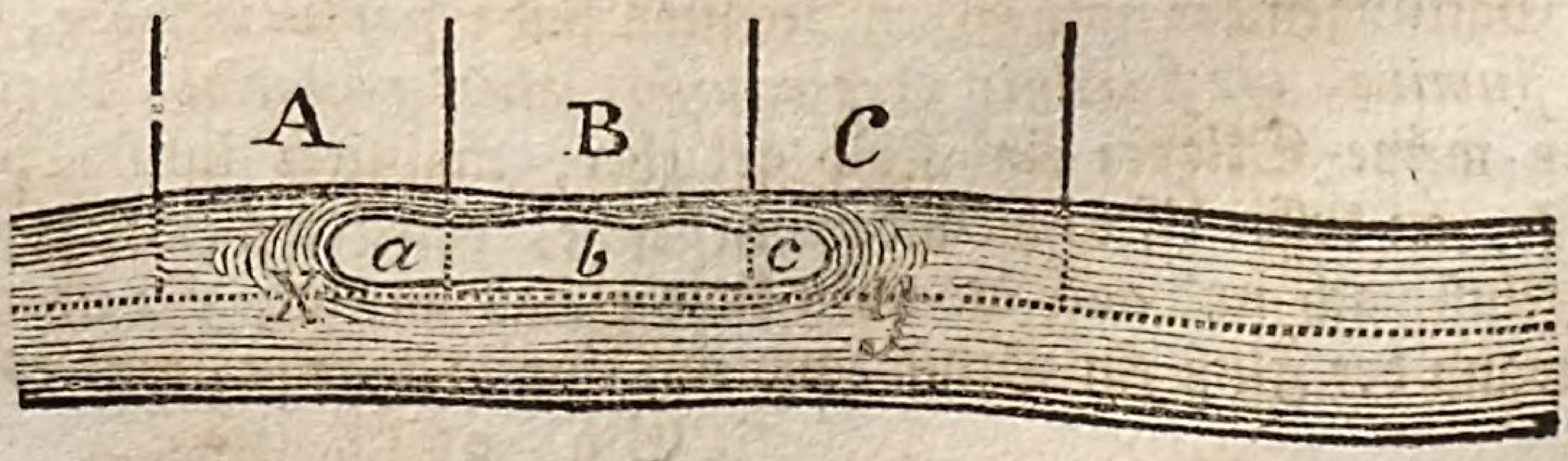
Länderey hinführt; aluei mutatio, wann ein Fluß ſein voriges Bett verläßt, und dieſes trocken liegen bleibt.

§. 310. Von dem Sklavenkinde und der Entſtehung einer Inſel.

Die erſte Gattung der natürlichen Acceſſion iſt partus ancillae. Wann ich nemlich eine Sklavin habe, und dieſe ein Kind zur Welt bringt, ſo iſt das Kind mein. Dann die Sklavin iſt das principale, das Kind acceſſorium; (§. 308.) das acceſſorium aber gehört dem Herrn des principalis. Kinder von dieſer heißen *vernae*, im Hauſe gebohrne Sklaven, und man ſchätzte ſie höher als angekaufte, weil ſie gewöhnlich treuer waren. Die zweyte natürliche Acceſſion heiſt *natiuitas inſulae*. Wann nemlich in einem Fluſſe nach und nach eine Inſel entſteht: ſo gehört ſie, wann man auf die Natur der Sache ſieht, dem Eigenthümer des Fluſſes. Da nun die Flüſſe res publicae ſind: ſo gehören auch die Inſeln im Fluſſe dem Staat, und dieſer Meynung waren auch einige alte Juriſten. Man ſehe leg. pen. D. de adq. rer. dom. Aber die Geſetzgeber eigneten ſie denen zu, welche am Ufer des Fluſſes Güter haben. Die Vertheilung geſchieht auf folgende Art. Man ziehe durch den Fluß der Länge nach eine gerade Linie X Y, welche den Fluß in zwey Theile ſchneidet (* [1]).

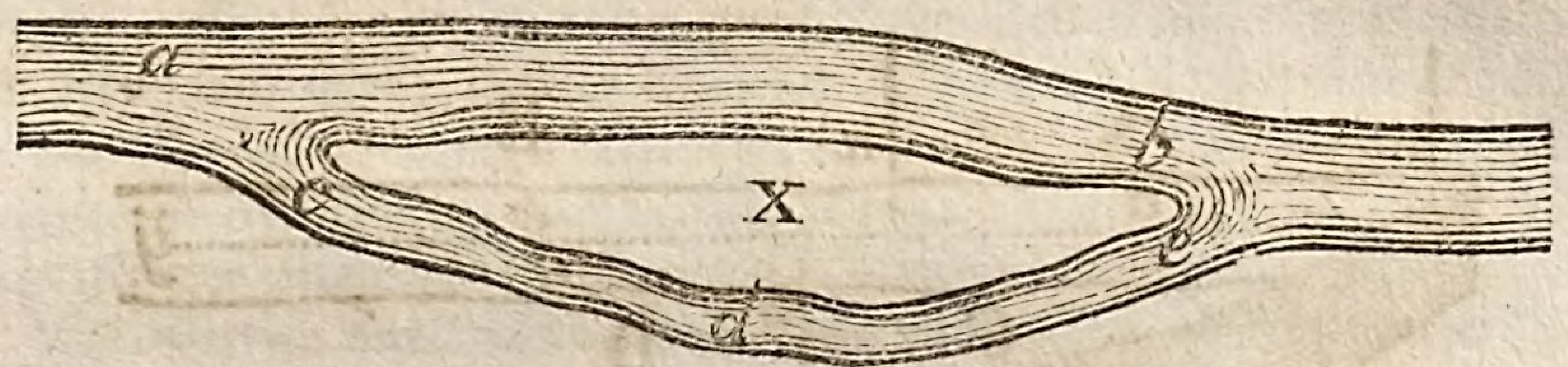


Nun laſſe man von den Gränzen der benachbarten Ländereyen m n o p Perpendikel auf jene Linie X Y fallen. Alsdann wird es ſich zeigen, wie viel jeder Nachbar bekommt. Der Anlieger A bekommt das Stück der Inſel a. Der Anläger B das Stück b u. ſ. w. Fällt die Inſel nicht in die Mitte des Fluſſes; ſondern ganz dieſſeits oder jenſeits der Mittellinie X Y: ſo gehört ſie den Anlägern des einen Ufers allein.



A er-

A erhält nemlich das Stück a, A das Stück b, und C das Stück c. Der H. merkt aber weiter an: wir reden nur von Inſeln, die in Flüſſen entſtehen. In der See trägt ſich dieſer Fall wegen der heftigen Bewegung der Wellen nicht leicht zu, es müßte dann durch einen Vulcan geſchehen. Wann er ſich aber zuträgt: ſo iſt die neue Inſel eine res nullius; und gehört dem, der ſie zuerſt occupirt. Eben ſo wenig iſt die Rede von Inſeln, die ein Fluß aus feſtem Lande macht. Wann nemlich ein Fluß, der bisher in dem Waſſerbette a b floß, ſich theilt, und ſich noch einen zweyten Canal a c d e formirt: ſo wird das Stück X, das vorher feſtes Land war, zur Inſel.



Dieſes aber wird nicht unter die Anläger vertheilt, ſondern bleibt ſeinen vorigen Eigenthümern.

(1) Für Leſer, welchen die Geometrie nicht fremd iſt, merke ich an, daß eigentlich zuerſt der Fluß, ſo weit die Inſel reicht, auf ein rectangulum reduciret, und dieſes der Länge nach durch eine gerade Linie halbiret werden muß. ſ. *Io. Iac. Riegger* diſſ. de geometria legali, (*Alt.* 1693.) p. 60. ſq.

§. 311. Von der Alluvion und Avulſion.

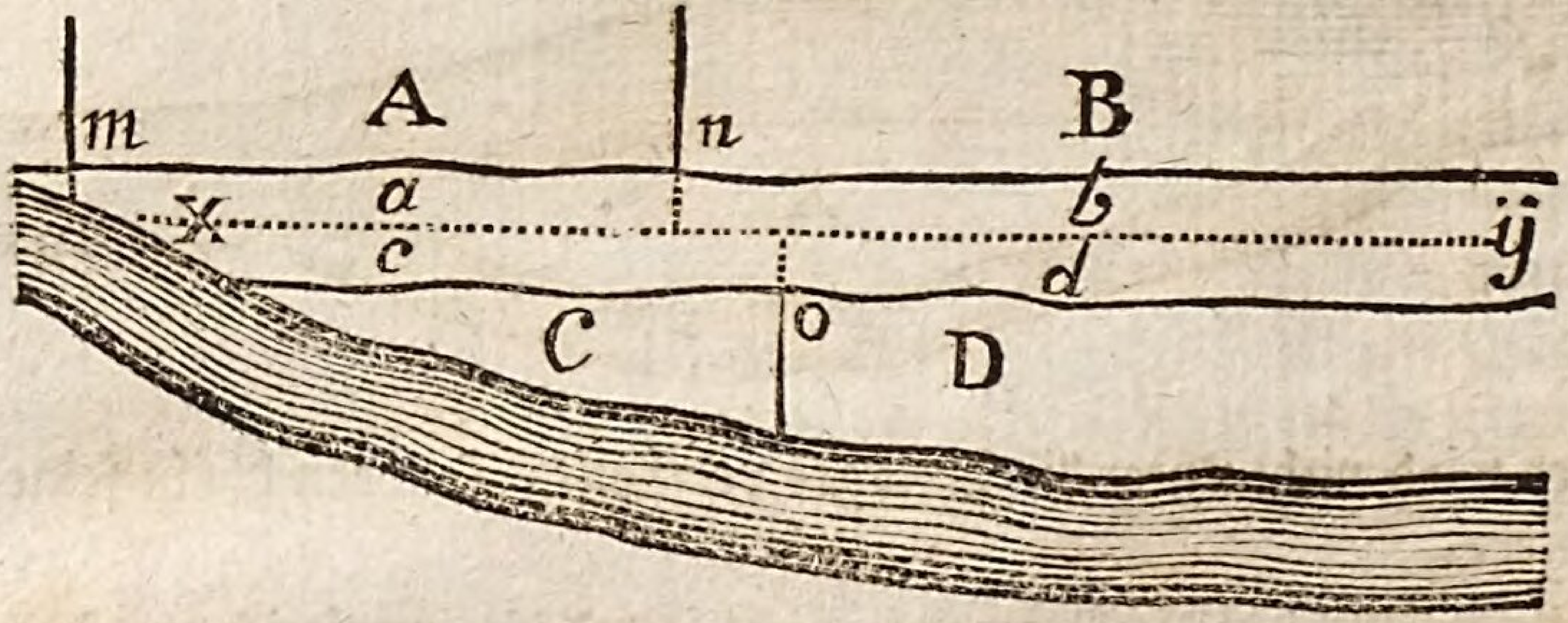
Alle Flüſſe nehmen nach und nach hie und da an dem Ufer etwas ab, und ſetzen an andern Orten wieder an. Dieſes Anſetzen heiſt *alluuio*, und nach römiſchen Geſetzen gehörte das angeſetzte Stück dem, an deſſen Ländereyen es ſich angeſetzt hat; nur muß ſie wie die Anmerkung ſagt, ein ager arcifinius nicht limitatus ſeyn. Nemlich einem Stück Land waren entweder von Obrigkeitswegen gewiſſe Gränzen beſtimmt, oder nicht. Im erſten Falle hies es *ager limitatus*, im letzten *arcifinius*. Der *ager limitatus* war von zweyerley Art. Entweder war einem Bürger eine gewiſſe Hufenzahl gegeben, oder die Gränzen waren durch Zeichen z. E. Gränzſteine beſtimmt. Jenes hies *ager limitatus ſtricte*, dieſes *ager adſignatus*. Nur in dem Fall, wann der ager arcifinius war, und unmittelbar an den Fluß reichte, war der Anwuchs dem Eigenthümer. War der ager limitatus, oder adſignatus: ſo gehörte die Alluvion dem Staate. Wann der Fluß ein Stück Land auf einmal mit Gewalt abreißt, und mit ſich fortführt; endlich aber dieſes Stück an meinem Lande hängen bleibt: ſo iſt der vorige Eigenthümer zwar befugt es zu vindiciren,

und

und wieder an ſein Grundſtück zu ziehen. Wann er aber dieſes nicht thun will, oder nicht kann; weil das losgeriſſene Stück an meinem Lande angewurzelt, oder weil die Vindication aus andern Urſachen unmöglich iſt: ſo werde ich Eigenthümer des Stücks.

§. 312. Von der Veränderung des Waſſerbettes.

Verläßt ein Fluß ſein Bett, und läßt es trocken liegen: ſo theilen ſich die Anläger in das alte Flußbett, wie in eine neue Inſel. Man zieht nemlich eine Linie X Y durch das trockne Waſſerbett; und auf dieſe läßt man Perpendikel von den Gränzen der anliegenden Aecker m n o fallen.



Der Beſitzer des Feldes A bekommt den mit a bezeichneten Theil des verlaſſenen Waſſerbettes. Der Beſitzer des Grundſtückes B erhält das mit b bezeichnete Stück u. ſ. w.

Wann ein Fluß austritt, und die benachbarte Ländereyen eine zeitlang unter Waſſer ſetzt: ſo verliehren die Eigenthümer darum nicht ihre Rechte. So lang das Waſſer auf dem Lande ſteht, iſt das Eigenthum ſuſpendirt; ſo bald aber der Fluß zurückgeht, ſo lebt es wieder auf. Iſt hingegen die Innundation immerwährend: ſo hebt ſich freylich Eigenthum und Beſitz gänzlich auf.

§. 313. Deutſches Recht.

Die bisher vorgetragene Sätze ſind heutigestages nicht an allen Orten im Gebrauch. Die Inſeln vindicirt ſich der Landesherr. Dann da er ſich das Eigenthum der Flüſſe zuſchreibt, ſo kann er auch, wie ich vorhin angeführt habe, die Inſeln verlangen (* 1). Wann indeſſen ein Fluß zwey territoria ſcheidet; ſo können die Grundſätze des römiſchen Rechts von Theilung neuer Inſeln angewandt werden. 2) An manchen Orten gehören auch die Alluvionen dem Fiscus, welches aber gegen alle Billigkeit ſtreitet. Gleichergeſtalt ſchreiben ſich die Landesherren das verlaſſene Waſſerbett eines durch Gebiet laufenden Fluſſes zu, und belehnen zuweilen eine Familie damit. Z. E. in der Altmark und im Magdeburgiſchen ſind viele Familien, die mit der alten Elbe belie-

beliehen werden. 3) Wann jemand die Dämme nicht im Stande erhält; oder den ſchuldigen Beytrag zum Waſſerbau nicht entrichtet: ſo verliehrt er nach der Vorſchrift einiger Particulargeſetze zur Strafe das Eigenthum ſeiner überſchwemmten Ländereyen nach einem Verlauf von 10 Jahren, und der Landesherr confiſcirt ſie.

(1) *Engau* diſſ. cuinam inſularum in fluminibus publicis natarum competat dominium (Ien. 1751.) ſect. 2.

§. 314. Gattungen der künſtlichen Acceſſion.

Die künſtliche Acceſſion hat drey Gattungen: *adiunctio*, *ſpecificatio*, *commixtio*. Wann nemlich durch menſchliche Bemühung eine Sache mit der andern verbunden wird: ſo wird entweder Körper mit Körper verbunden, oder Form mit Materie. Wann das letzte geſchiehet; wann aus einer Materie durch Formen ein neuer Körper producirt wird: ſo heiſt es *ſpecificatio*. Kommt aber ein Körper zum andern, ſo werden ſie entweder feſt zuſammen verbunden, oder werden nur vermiſcht. Im erſten Fall iſt eine *adiunctio*, im letzten *commixtio* vorhanden.

§. 315. Grundſätze derſelben.

Die wahre Beſchaffenheit der künſtlichen Acceſſion wird von den Juriſten durchaus undeutlich vorgetragen. Es verhält ſich damit (ſ. die 15. Tabelle) folgendermaſſen. Wann eine acceſſoriſche Sache mit meiner Principalſache durch eines Menſchen Bemühung vereinigt wird: ſo wird die acceſſoriſche Sache zwar mein eigen. Allein man ſchlieſſe daraus nicht, daß ich ſie auch in allen Fällen behalte, daß ich ein unwiderrufliches Eigenthum erhalte. Nein; zuweilen iſt mein Eigenthum nur widerruflich. Geſetzt aber ich bekomme ein irrevocables Eigenthum: ſo ſchlieſſe man auch ferner nicht, daß ich die Sache umſonſt bekomme. Ich muß vielmehr zuweilen dem vorigen Eigenthümer den Werth bezahlen. Alſo wären nun zwey Fragen zu beantworten. 1) In welchem Fall bekomme ich durch die künſtliche Acceſſion ein unwiderrufliches, und in welchem ein widerrufliches Eigenthum? 2) In welchem Falle muß ich dem vorigen Eigenthümer den Werth der Sache bezahlen, in welchem nicht? Die erſte Frage wird in gegenwärtigem Abſchnitt, die letzte im §. 316. beantwortet. Wann nemlich die acceſſoriſche Sache dergeſtalt mit der Hauptſache verbunden wird, daß ſie ohne Schaden nicht wieder davon getrennt werden kann: ſo bleibt ſie dem Herrn der Hauptſache unwiderruflich eigen. Können aber die Dinge ohne Schaden wieder getrennt werden: ſo wirkt die Acceſſion nur ein widerrufliches Eigenthum. Dann der vorige Herr der acceſſoriſchen Sache kann actionem ad exhibendum gegen den Herrn der Principalſache anſtellen, und verlangen, daß er die

Sache wieder trenne. Iſt dieß geſchehen: ſo kann jener ſeine Sache vindiciren. Z. E. wann mir Goldfaden geſtohlen, und in eines andern Kleid geſtickt wird: ſo gehört dieſem der Goldfaden, weil er das acceſſorium, das Kleid aber das principale iſt. Wäre der Goldfaden noch unverarbeitet, ſo könnte ich, der Eigenthümer, ihn vindiciren. Die Acceſſion aber hindert dieß. Der Herr des Kleides acquirirt auch ein unwiderrufliches Eigenthum; dann der Goldfaden läßt ſich ohne Schaden nicht wieder aus dem Kleide nehmen. Aber wann mir ein edler Stein entwendet, und in des andern Ring gefaßt wird: ſo acquirirt der andere nur ein widerrufliches Eigenthumsrecht; dann der Stein läßt ſich ohne Schaden wieder ausheben, ich kann alſo verlangen, daß es geſchehe, und wann es geſchehen iſt, den Stein vindiciren.

§. 316. Fortſetzung.

In welchem Fall aber muß der Herr der Hauptſache dem Herrn der acceſſoriſchen Sache den Werth dafür bezahlen? Man mache einen Unterſchied. Entweder iſt der Herr der Principalſache ein redlicher oder unredlicher Beſitzer, (in bona oder in mala fide.) Iſt er in einem unredlichen Beſitze, z. E. er kauft wiſſentlich geſtohlnen Goldfaden, und läßt ihn in ſein Kleid ſticken: ſo muß er den Werth für die acceſſoriſche Sache bezahlen, und kann actione furti, oder condictione furtiua belangt werden. Iſt er aber ein redlicher Beſitzer, z. E. er weiß nicht, daß der Goldfaden geſtohlen iſt: ſo diſtinguire man folgende drey Fälle: a) der Herr der Principalſache hat den wahren Werth für die acceſſoriſche Sache bezahlt; b) er hat etwas, aber doch nicht den ganzen Werth bezahlt, z. E. für den Goldfaden, welcher 10 Rthlr. werth iſt, nur 6 Rthlr. bezahlt; c) er hat ſie geſchenkt bekommen. Im dritten Fall muß er dem vorigen Eigenthümer den wahren Werth erſetzen; im zweyten bezahlt er nur den Abgang am wahren Werth, alſo in dem gegebenen Exempel noch 4 Rthlr; im erſten bezahlt er nichts weiter.

§. 317. Von der Adjunction.

Die erſte Gattung der künſtlichen Acceſſion iſt die adiunctio, wann ein Körper mit dem andern verbunden wird, daß ſie zwar feſt zuſammenhängen, aber doch unterſchieden werden können. Untergattungen derſelben ſind die *incluſio*, wann mein Stein in des andern Ring, Pettſchaft, Ohrengehänge u. d. g. gefaßt wird; *adferruminatio*, wann mein Stück Metall an des andern Maſchine, Statue, Gefäß u. d. g. angeſchweiſſet wird; *adplumbatura*, wann das Metall nicht angeſchweiſſet, ſondern angelöthet wird; *intextura*, wann meine Gold, Silber, Seidenfäden u. ſ. w. in des andern Kleid genähet, geſtickt, gewebt werden; *attextura*, wann Bänder, Schnüre, Treſſen u. d. g. die mir gehören, auf eines andern Kleid genähet werden; *inaedificatio*, wann

wann ich auf eines andern Grund baue, oder fremde Materialien auf meinem Grunde verbaue; *ſcriptura* wann ich auf Papier ſchreibe, das einem andern gehört; *pictura*, wann ich auf fremde Materie, Holz, Leinwand, Kupfer, u. ſ. w. mahle.

In allen dieſen Fällen acquirirt der Herr der Principalſache das acceſſorium.

§. 318. Fortſetzung.

Nemlich 1) der Herr des Ringes, Pettſchaftes, der Ohrengehänge u. ſ. w. acquirirt den darin gefaßten Stein. 2) Der Herr der Maſchine, Statue, des Gefäſſes u. ſ. w. erwirbt das angeſchweiſte oder angelöthete Stück Metall. 3) Die Fäden, welche in mein Kleid genähet oder gewebt werden, desgleichen die Bänder, Schnüre, Treſſen, welche darauf genähet werden ſind mein. Unſer Autor ſagt: *purpura* veſti noſtrae intexta aut attexta; weil die Römer Purpurfäden in ihre Tücher webten, und die Kleider mit Purpurſtreifen beſetzten. 3) Wann ein Gebäude aufgeführet wird: ſo iſt der Boden das principale, die Materialien ſind das acceſſorium. Das Gebäude gehört alſo dem Eigenthümer des Bodens; es mag nun einer auf ſeinen Boden mit fremden Materialien; oder einer mit eigenen Materialien auf ein fremdes Grundſtück bauen. 5) Wann ich auf fremdes Papier ſchreibe: ſo iſt das geſchriebene dem Herrn des Papiers; dann die Römer ſehen das Papier als das principale an. 6) Bey den Gemählden waren die alten Juriſten zweifelhaft, ob ſie die Materie, oder die Mahlerey für das principale halten ſollten. Juſtinian entſchied den Streit dahin, die Mahlerey ſolle das principale ſeyn. Dann es wäre unvernünftig, ſagt er, wann man das Gemählde eines Apelles oder Parrhaſius dem Eigenthümer eines elenden Holzes zuſprechen wollte (* 1). Aus gleichen Gründen muß man behaupten, daß heutigestages die Schrift principale, und das Papier acceſſorium ſey, da das Lumpenpapier in weit geringerem Werthe iſt, als das Aegyptiſche Papier bey den Römern war (* 2).

(1) Dieſe Verordnung erläutert ausführlich *Io. Chriſtoph Rudolph* diſſ. de acceſſione picturae, (Erl. 1756.) §. 21. ſqq.

(2) *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de adq. rer. dom. §. 106.

§. 319. Vom Bauen.

In Anſehung der Acceſſion die durch Bauen geſchiehet, enthält das römiſche Recht einige willkührliche Verordnungen, welche beſonders anzuführen ſind. Wann ich eines andern *tignum*, das heiſt ſeine Baumaterialien, Holz, Stein, Eiſen, Ziegel zu einem Gebäude nehme, das auf meinem Grund und Boden aufgeführet wird: ſo kann der Eigenthümer die Materialien nicht vindiciren; weil (wie die römiſche Juriſten ſagen) ſonſt das Ge-

bäude wieder müßte nieder geriſſen werden, welches einen Mißſtand in der Stadt verurſachen würde; (ne vrbs ruinis deformetur.) Er kann mich aber belangen, daß ich ihm den doppelten Werth ſeiner Materialien erlegen muß. Wann das Gebäude nicht mehr ſteht; ſondern wieder zuſammengefallen, oder abgeriſſen iſt: ſo kann der Eigenthümer der Materialien ſie durch die Reivindication, oder actionem ad exhibendum zurückfordern. Von den mancherley Fragen, die in dieſer Materie noch aufgeworfen werden können, will ich nur drey bemerken: 1) kann der Eigenthümer der Materialien auch in dem Falle das duplum verlangen, wann der Bauende in bona fide iſt? Viele Juriſten läugnen es, und behaupten, daß dieſer nur den einfachen Werth bezahle. Der Vernunft iſt dieſe Meynung auch ſehr gemäß. Allein die römiſche Geſetze beſtätigen doch das Gegentheil zu deutlich, wie Weſtenberg (* [1]) zeigt. 2) Wann der Bauende die Materialien ausnehmen, und dem Eigenthümer in Natur zurückgeben will, iſt er dazu befugt? Nach der richtigern Meynung allerdings (* [2]). 3) Wann der Eigenthümer des tigni den doppelten Werth erhalten hat, kann er die Materialien dem ungeachtet im Falle, daß das Gebäude nicht mehr ſteht, noch in Natur vindiciren? Wofern der Bauende in mala fide war, ſo geht dieß an, ſonſt aber nicht (* [3]).

(1) De cauſis obligat diſſ. 6. cap. 2. & 3.
(2) *Weſtenberg* cap. 2. §. 10. ſqq.
(3) *Weſtenberg* cap. 2. §. 2. 3. 4. 5. 6. *Huber* h. t. §. 39.

§. 320. Fortſetzung.

Wann ich mit eigenen Materialien auf einen fremden Grund baue: ſo fällt zwar das Gebäude dem Eigenthümer des Bodens zu. Allein die Frage iſt, kann ich nicht den Werth meiner Materialien und die Baukoſten fordern. Man diſtinguire: entweder habe ich *bona fide* gebauet, nicht gewußt nemlich, daß der Boden einem andern gehört; oder *mala fide.* Im letzten Fall kann ich den Werth der Materialien und die Baukoſten nicht repetiren. Im erſten Fall aber bin ich entweder im Beſitz des Hauſes, oder nicht. So lange ich im Beſitz bin, habe ich das Retentionsrecht; das heiſt ich bin nicht ſchuldig, das Gebäude abzutreten, ehe mir die Baukoſten erſetzt ſind. Wann ich aber das Gebäude nicht beſitze: ſo ſtehet mir nach der richtigern Meynung keine Klage zu; die Baukoſten ſind alſo verlohren (* [1]).

In der Anmerkung heiſt es: heutigestages, wo man mehr auf die Billigkeit, als auf das ſubtile und ſtrenge Recht ſiehet, kann der Bauende, wann er auch nicht im Beſitz des Gebändes wäre, doch die Baukoſten actione in factum (* [2]) repetiren.

(1) *Faber* de error. pragmat. Tom. 2. dec. 26. error. 8. et 9. p. m. 40. *Vinn.* in quaeſt. ſel. libr. 1. cap. 24.

(2) Anderer Meynung iſt *Reinold* diſſ. ad tit. D. de A. R. D. cap. 4. in opuſc. p. 463.

§. 321. 322. Von der Specification.

Die zweyte Gattung der künſtlichen Acceſſion iſt die *ſpecificatio*. Es fragt ſich dabey: I) Was iſt die Specification? II) In wie weit iſt ſie ein modus adquirendi? Die Specification iſt die Handlung, da jemand einer Materie eine neue Form giebt, und einen neuen Körper hervorbringt, welcher von dem vorigen dem Geſchlecht und Namen nach verſchieden iſt. Z. E. wenn man aus Mehl Brod bäckt; aus den Trauben Wein keltert; aus der Milch Butter; aus einem unförmlichen Stück Metall ein Inſtrument macht; einem formirten Metall eine andere Geſtalt giebt; z. E. aus einem ſilbernen Teller ſechs Löffel macht: ſo geſchiehet eine Specification. Dann aus dem Mehl wird ein Körper producirt, welcher zu einer andern Claſſe von Dingen gehört, und einen andern Namen führt. Eben ſo iſt es in den übrigen Beyſpielen.

Wann iſt aber dieſe Handlung ein Erwerbungsmittel? Man unterſcheide, wie die 16. Tabelle zeigt, folgende Fälle: 1) wann ich einer eigenen Materie eine neue Form gebe, z. E. aus Trauben, welche mein ſind, Wein keltere: ſo iſt zwar der neue Körper, der Wein, mein; aber nicht wegen der Specification, ſondern weil die Materie, die Trauben, mein waren. Die Specification iſt alſo kein Erwerbungsmittel. Eben ſo wenig iſt ſie dieß 2) alsdann, wann ich eine fremde Materie auf Verlangen des Eigenthümers, und für ihn, anderſt formire; z. E. wann der Goldſchmidt aus dem Golde, das ich ihm gebe, für mich einen Ring macht. Auch 3) wann ein Eigenthümer die Materie, und ein anderer die Form giebt, in der Abſicht, daß der neue Körper gemeinſchaftlich ſeyn ſoll: ſo iſt die Specification kein Erwerbungsmittel; z. E. der eine macht weiſſes Kupfer, der andere verarbeitet es; die Waaren werden verkauft, und der Erlös getheilt. Dann der Grund der Gemeinſchaft liegt in dem Vertrage, und der darauf erfolgten Tradition. 4) Wann ich aber aus einer fremden Materie ohne des Eigenthümers Wiſſen und Willen einen neuen Körper mache, oder machen laſſe; z. E. aus geſtohlenen Brettern einen Tiſch, aus geſtohlenem Silber einen Teller machen laſſe: alsdann iſt der Fall vorhanden, wo die Specification ein Erwerbungsmittel werden kann.

Die alte Juriſten ſtritten zwar darüber. Dann die Sabinianer behaupteten, der neue Körper ſey dem Herrn der Materie, nicht dem Specificanten. Sie hielten alſo die Specification für keinen modum adquirendi. Die Proculianer aber ſprachen den neuen Körper ohne Unterſchied dem Specificanten zu; folglich war nach ihren Begriffen die Specification immer eine Erwerbungsart. Juſtinian entſchied dieſen Streit durch einige Diſtinctionen. Er verordnete folgendes; a) wann ich den neuen Körper aus meiner und einer fremden Ma-

zugleich formire, ſo iſt er mein. Hier iſt alſo die Specification ein modus adquirendi. Wann ich z. E. geſtohlnes Metall kaufe, und es behält ſeine Form, ſo kann es der Eigenthümer vindiciren. Laſſe ich aber dieſes Metall mit meinem eigenen zuſammenſchmelzen, und daraus ein Gefäß machen: ſo fällt die Vindication weg; ich habe alſo durch die Specification das Eigenthum erworben (* 1). b) Formire ich ihn aus einer fremden Materie allein, und die Beſchaffenheit der Materie erlaubt nicht, dem Körper ſeine vorige Geſtalt wieder zu geben: ſo iſt er ebenfalls mein. Z. E. wann ich geſtohlne Wolle ſpinnen und Tuch davon weben laſſe. Läge die geſtohlne Wolle noch unverarbeitet da: ſo würde ſie der Eigenthümer zu vindiciren befugt ſeyn. Dies kann er nicht, ſobald ſie verarbeitet (ſpecificirt) iſt. Die Specification iſt alſo ein modus adquirendi. c) Wann ich aus fremden Materien einen neuen Körper mache, und es iſt möglich, ihm ſeine vorige Geſtalt wieder zu geben: ſo acquirire ich ihn nicht; die Specification iſt alſo kein Erwerbungsmittel. Z. E. ich laſſe aus einer geſtohlnen zinnernen Schüſſel eine Kanne gieſſen. Dann man kann aus der Kanne wieder die Schüſſel machen. Hier kann alſo der Eigenthümer der Schüſſel die Kanne vindiciren. Der Grund von Juſtinians Entſcheidung iſt freylich nicht der befriedigendſte. Juſtinian ſagt: wenn der neue Körper ſeine vorige Geſtalt wieder bekommen kann: ſo iſt **die Materie ſtärker als die Form**, und daher der Körper billig dem Eigenthümer der Materie zuzuſprechen. Läßt ſich aber der Körper nicht wieder in ſeine vorige Geſtalt bringen: ſo iſt dies ein Beweiß, daß **die Form ſtärker als die Materie iſt**; und daher muß man den Körper dem Specificanten zueignen.

Uebrigens glaube man nicht, daß der Eigenthümer der Materie ſein Eigenthum ſchlechterdings verliehre, und nichts dafür bekomme. Nein, er kann von dem Specificanten den Werth verlangen; wann nemlich der Specificant in mala fide iſt, oder die Materie umſonſt bekommen hat; kurz man muß in Anſehung dieſes Punctes diſtinguiren, wie im 316. §. gezeigt iſt.

Noch einige Fragen ſind in dieſer Materie zu bemerken. Die erſte: muß der Specificant in bona fide ſeyn, wann er den neuen Körper acquiriren will? Dies glauben Vinnius (* 2) Stryk (* 3) und andere (* 4); aber es läßt ſich aus den Geſetzen nicht erweiſen, wie Bachov (* 5) und Voet (* 6) zeigen. Die zweyte: gelten Juſtinians Entſcheidungen auch in unſrer Praxis? Einige Juriſten leugnen dies, und ſubſtituiren andere Diſtinctionen (*7). Aber Stryk am a. O. bezeugt, daß Juſtinians Verordnungen in der Praxis angenommen ſeyen.

(1) Ich halte dies wenigſtens für die richtigſte Meynung mit *Bachov* ad §. 25. I. h. t. Andere z. E. *Vinnius* ad h. §. *Voet* ad P. tit. de adquir. rer. dom. n. 21. behaupten, daß in dieſem Fall eben das gelte, was Rechtens iſt, wann ich einen neuen

neuen Körper aus einer ganz fremden Materie formire, und daß man alſo auch hier diſtinguiren müſſe, ob der neue Körper wieder in ſeine vorige Geſtalt gebracht werden könne, oder nicht.

(2) Ad §. 25. I. h. t.

(3) In uſ. mod. h. t. §. 24.

(4) *Cocceji* iur. contr. tit. de adquir. rer. dom. Quaeſt. 21. *Walch* controv. pag. 109.

(5) Ad §. 25. h. t.

(6) Ad Pand. l. c.

(7) Man ſehe *Otto* ad §. 25. h. t.

§. 323. Von der Vermiſchung.

Die dritte Gattung der künſtlichen Acceſſion iſt die *commixtio*, **die Vermiſchung der Körper.** Sie iſt entweder **Commixtion im ſtrengen Verſtande,** wann trockne Körper durcheinander gemiſcht werden, z. E. wann Viehheerden zuſammen laufen, Fruchtkörner, Geldſtücke vermiſcht werden; oder **Confuſion,** wann man flüſſige oder geſchmolzene Materien zuſammengießt. Bey der Commixtion bleiben die Körper von einander abgeſondert, ſo daß man einen vom andern unterſcheiden kann; bey der Confuſion flieſſen ſie zuſammen, und können nicht mehr diſtinguirt werden.

§. 324. Fortſetzung.

Wann iſt aber die Vermiſchung ein modus adquirendi? Die commixtio iſt dieß niemals; die confuſio zuweilen. S. die 17. und 18. Tabelle. Wann nemlich Sachen commiſcirt werden: ſo laſſen ſie ſich wieder ſepariren; z. E. wann meine Geldſtücke und des andern Geldſtücke durch einander gerathen: ſo kann ich die meinigen, wenigſtens meine Zahl, und der andere die ſeinige zurück nehmen. Wann meine Heerde, und des andern Heerde zuſammen laufen: ſo kann ich meine Thiere, und er die ſeinige abſondern. Kommt durch einen Zufall mein Waizenhaufen, und eines andern Gerſte durcheinander: ſo nimmt er von dem Gemiſche ſo viel dem Maaſſe nach als ſeine Gerſte ausmachte; und ich ſo viel, als mein Waizen betrug. Weil aber der Waizen mehr mehr werth iſt, als die Gerſte, ſo muß mir der andere eine verhältnißmäſſige Vergütung leiſten.

Bey der Confuſion hingegen unterſcheide man folgende Fälle: 1) wann die Vermiſchung mit Einwilligung derer geſchieht, welchen die vermiſchte Körper gehören: ſo iſt die Maſſe gemeinſchaftlich, z. E. ich habe einen fetten ſüſſen, ein anderer einen feurigen ſauren Wein, und wir machen aus, dieſe Weine zu vermiſchen, und das Gemiſche zu theilen. Allein der Grund dieſer Gemeinſchaft liegt nicht in der Vermiſchung; ſondern in dem Vertrage der Intereſſenten, und der darauf erfolgten Uebergabe. Die Vermiſchung iſt alſo keine Erwer-

werbungsart. 2) Wann meine Sachen mit des andern Sachen ohne beyderſeitige Einwilligung vermiſcht werden, die Sachen ſich aber wieder ſepariren laſſen; z. E. mein Silber wird mit des andern Bley vermiſcht, ſo kann jeder von uns die Separation verlangen, und alsdann ſeine Sache vindiciren, die Confuſion iſt alſo kein Erwerbungsmittel. 3) Wann ohne die Einwilligung beyder Intereſſenten flüßige oder geſchmolzene Maſſen ſo vermiſcht werden, daß die Separation unmöglich iſt: ſo iſt die Vermiſchung entweder durch einen Zufall geſchehen; z. E. mein Wein wird durch ein Verſehen unter des andern Wein gefüllet; oder von einem der Intereſſenten veranſtaltet worden. Iſt das erſte: ſo iſt das Gemiſche gemeinſchaftlich; und die Confuſion eine Erwerbungsart. 4) Wann aber einer mit Vorſatz ſeine Materie mit des andern Materie ohne dieſes letzten Einwilligung vermiſcht: ſo ſind die Sachen entweder von einerley Art, z. E. ich kaufe Wein, der einem andern geſtohlen iſt, und miſche ihn unter den meinigen; oder von verſchiedener Art. Im erſten Falle iſt das Gemiſche gemeinſchaftlich. Die Confuſion iſt alſo eine Erwerbungsart. Sind hingegen 5) die Sachen von verſchiedener Art, z. E. ich miſche Citronenſaft, der mein iſt, und Arack, der einem andern gehört, zuſammen: ſo iſt das Gemiſche dem, der es gemacht hat; weil jetzt zugleich eine Specification geſchehen iſt. Die Confuſion iſt alſo auch in dieſem Falle ein modus adquirendi.

§. 325. Von der vermiſchten Acceſſion.

Wir haben nun die natürliche und künſtliche Acceſſionen kennen gelernt. Noch iſt die gemiſchte zu betrachten übrig. Kräfte der Natur und Bemühung des Menſchen wirken bey ihr zuſammen, und ſie hat zwey Gattungen, das Säen und das Pflanzen.

§. 326. Grundſätze derſelben.

Die Grundſätze bey dieſen Acceſſionen ſind: 1) was auf einen Boden geſäet oder gepflanzt wird: iſt acceſſorium des Bodens; der Boden iſt das principale. Das geſäete und gepflanzte gehört alſo dem Herrn des Bodens. 2) Das Eigenthum eines Baumes wird aus der Wurzel beurtheilt; das heiſt: wann ein Baum ſeine Wurzeln in meinen Boden hat: ſo iſt er mein. Dann der Römer ſagt: es iſt billig, daß der Baum dem zugeeignet werde, aus deſſen Boden er Nahrung zieht.

§. 327. Folgen daraus.

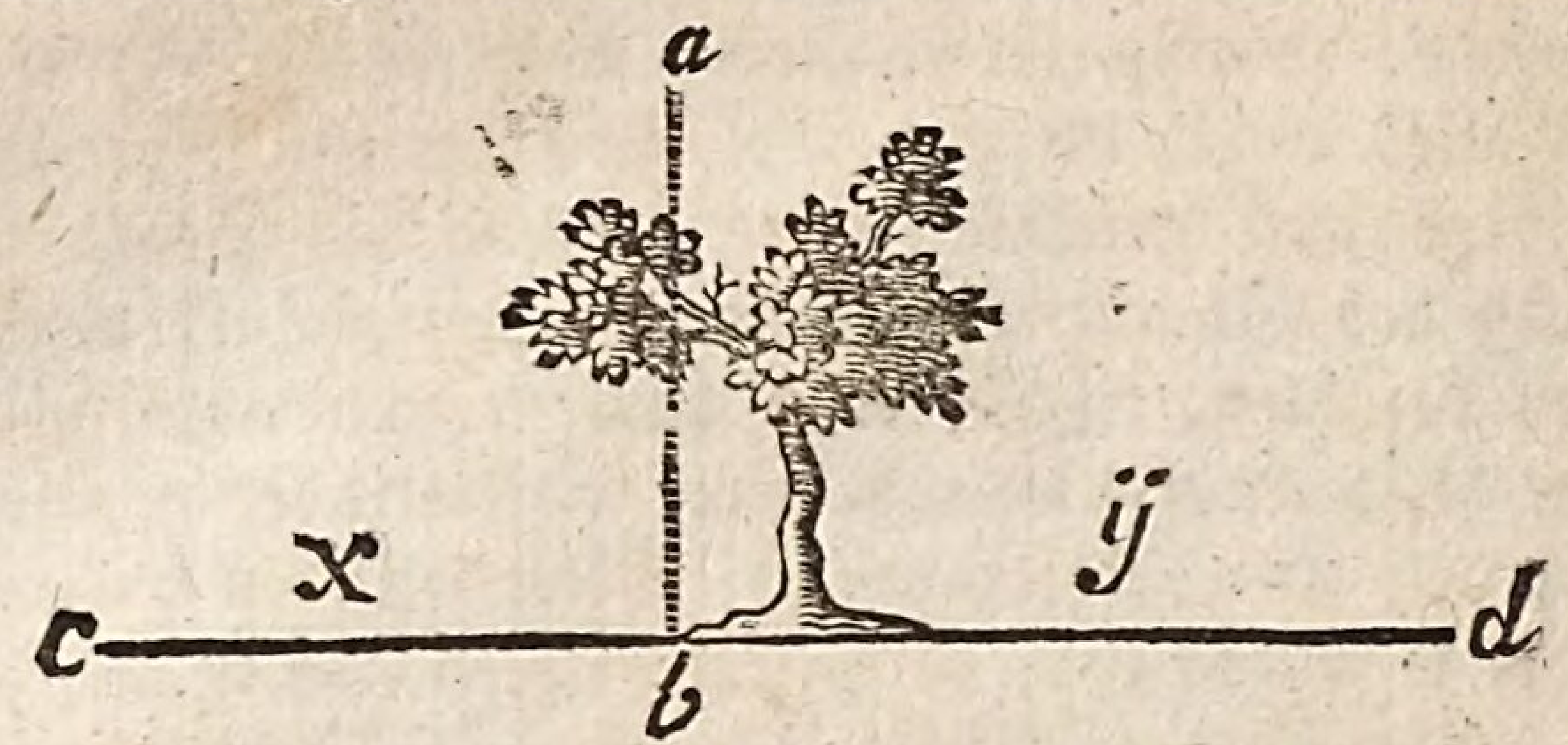
Wann ich alſo 1) mein Getraide auf eines andern Grund ſäe, etwa aus einem Verſehen: ſo acquirirt er das Getraide, und wann ich des andern Saamenkörner, die ihm z. E. geſtohlen, und mir verkauft worden ſind, auf meinen

eignen Boden ausſäe: ſo gehören ſie mein, doch nach Abzug der Koſten; das heiſt in dem Falle, wann ich aus Verſehen meinen Saamen auf fremdes Land ſäe: ſo bekommt der Eigenthümer des Bodens den Saamen nicht umſonſt; er muß den Betrag des Saamens ſelbſten, den Säelohn, den Eggelohn und alle andere Koſten bezahlen. Iſt der Saame einem andern geſtohlen, und von mir auf mein Land ausgeſäet worden: ſo kann der vorige Eigenthümer ebenfalls zuweilen den Werth verlangen. Man ſehe den 316. §. 2) Wann der Baum auf der Grenze ſteht: ſo gehört er dem, in deſſen Boden er ſeine Wurzeln ſtreckt. Der Römer ſieht alſo nicht darauf, über weſſen Boden der Baum ſeinen Stamm und Aeſte hat. Wann der Baum z. E. auf meines Nachbars Boden ſteht, und ſeine Wurzeln allein darin hat: ſo gehört er ihm allein, obgleich die Aeſte über mein Grundſtück hinragen; und daher gehören ihm auch die Früchte, welche an dieſen Aeſten hängen; dergeſtalt, daß, wann ſie auf meinen Grund fallen, ich das Aufleſen dem Nachbarn erlauben muß. 3) Hat er die Wurzeln in dem Boden der beyden Nachbarn: ſo gehört er auch beyden gemeinſchaftlich, und zwar *pro regione cujusque praedii*, wie L. 8. cit. ſagt, das heiſt jemehr Wurzeln er in einem Grundſtück hat, einen deſto gröſſeren Antheil hat der Herr des Grundſtückes daran (* 1). 4) Wann meine Pflanze auf des andern Boden geſetzt wird: ſo gehört ſie dem Eigenthümer des Bodens, ſobald ſie Wurzel ſchlägt; ehe dies geſchehen iſt, kann ich ſie vindiciren. Geſetzt alſo mir werden Bäume geſtohlen, und einem andern verkauft, er ſetzt ſie in ſeinen Garten. Sobald ſie Wurzel geſchlagen haben, iſt er Eigenthümer derſelben.

(1) *Merillius* ad §. 31. h. t.

§. 328. Deutſches Recht.

Der heutige Gerichtsbrauch nimmt die bisher vorgetragene Sätze nicht alle an. Dann nach einer in Deutſchland angenommenen allgemeinen Gewohnheit wird das Eigenthum eines Baumes nicht aus der Wurzel, ſondern aus dem Stamme und den Aeſten beurtheilt. Sind dieſe ganz über meinem Grundſtücke: ſo iſt der Baum ganz mein; wenn er auch Wurzeln in des Nachbars Boden hätte. Steht der Baum auf der Grenze: ſo gehört ſoviel davon mein, als über meinem Grundſtücke hängt.



Wann z. E. der Garten c b dem X, und der Garten b d dem Y gehört, ſo iſt der Stamm des Baumes bey b, und der Theil der Aeſte, welcher nicht durch die (auf dem Grenzpunct b ſtehende) Perpendicularlinie a b reicht, dem Y; der Theil der Aeſte aber, welche durch dieſe reicht, dem X. Daher kann X dieſe Aeſte weghauen, und wann er ſie ſtehen läßt, die Früchte davon, oder den **Ueberfall**, wie man es nennt, verlangen (* 1). Doch wird an einigen Orten der Ueberfall zwiſchen den Nachbarn getheilt (* 2).

(1) *Stryk* uſ. mod tit. de adquir. rer. dom. §. 28.
(2) *Hahn* ad *Weſenbec.* tit. de glande legenda.

§. 329. Von dem Genuß der Früchte.

Ein dritter wichtiger modus adquirendi iſt der Genuß der Früchte, fructum perceptio. Wir müſſen vor allen Dingen überlegen, was Früchte ſind, und daher zuvor den allgemeinen Begriff der cauſae kennen lernen. S. die 19. Tabelle. *Cauſa* heiſt bey den römiſchen Juriſten alles, was mit einer Sache in einigem Zuſammenhang ſteht, und dies iſt entweder in der Sache, oder auſſer ihr. Im erſten Fall heiſt es cauſa interna, im letzten cauſa externa. Zu der cauſa interna gehören a) die moraliſche Eigenſchaften einer Sache, z. E. die Gerechtigkeiten, welche einem Gute ankleben, Jagdgerechtigkeit, Jurisdiction u. ſ. w. b) Die phyſiſche Eigenſchaften, Fruchtbarkeit oder Unfruchtbarkeit, geſunde oder ungeſunde Lage eines Gutes, guter oder baufälliger Zuſtand eines Hauſes; Alter oder Jugend eines Pferdes, u. ſ. w. Die äuſſerliche cauſa heiſt auch *acceſſio*, und iſt entweder *fructus*, oder *acceſſio ſtricte dicta*. Fructus nemlich heiſſen ſolche acceſſiones, die den Grund ihrer Exiſtenz in der Sache haben, z. E. das Gras, das auf der Wieſe wächſt, gehört zu der Wieſe, hat einen Zuſammenhang damit. Es iſt alſo cauſa. Aber es iſt nicht in, ſondern auſſer der Wieſe, alſo cauſa externa. Der Grund ſeiner Exiſtenz liegt in der Wieſe, folglich iſt es fructus. Hingegen die Tapeten ſind acceſſoria ſtricte ſic dicta von der Stube. Dann ſie gehören zur Stube, ſind alſo cauſa; ſie ſind auſſer der Stube, alſo cauſa externa; und haben den G.und ihres Daſeyns nicht in der Stube; ſind alſo keine

keine fructus. Die fructus werden auf mancherley Art abgetheilt: a) in ordentliche und auſſerordentliche. Ordentliche heiſſen die, um derentwillen man eine Sache anzuſchaffen pflegt. Z. E. einen Acker kauft man um des Getreides, eine Wieſe um des Graſes, ein Baumſtück um des Obſtes willen. Alſo Getreide, Gras und Obſt ſind ordentliche Früchte. Hingegen kauft man einen Wald nicht um Trüffeln oder Schwämme darin zu finden. Dieſe Dinge nennt man alſo fructus extraordinarios. Man rechnet auch die Schätze hierher; allein dieſe ſind gar keine fructus; weil der Grund ihrer Exiſtenz nicht im Grund und Boden liegt. b) Die fructus ſind entweder ciuiles oder naturales, dieſe entweder naturales ſtricte, oder induſtriales. Nemlich wann die Exiſtenz der Früchte einen phyſiſchen Grund in der Sache hat: ſo heiſſen ſie naturales; iſt der Grund aber moraliſch: ſo heiſſen ſie ciuiles fructus. Zu dem erſten gehört z. E. Getreide, Gras, Obſt; zu den letzten z. E. Zinſen von einem Capitale; Miethgeld, das man aus einem Hauſe zieht; der emphyteutiſche Canon (§. 901.) u. ſ. w. Die natürliche Früchte kommen entweder ohne Cultur durch die bloſe Wirkung der Natur hervor; oder ſie müſſen geſäet, gepflanzt, gepflegt werden. Jene heiſſen naturales ſtricte, z. E. Gras, Eicheln, wildes Obſt ꝛc. dieſe induſtriales, z. E. Getreide, veredeltes Obſt, Gartenfrüchte u. ſ. w. Endlich c) ſind die Früchte entweder percepti oder percipiendi; die percepti entweder pendentes oder percepti in ſtrengerer Bedeutung. Percepti heiſſen die, welche wirklich von der Sache gezogen worden ſind; percipiendi, welche nicht wirklich gezogen worden ſind; aber doch hätten gezogen werden können, wann der Beſitzer der Sache gewollt, und die gehörige Mittel angewendet hätte. Pendentes die, welche noch mit der Sache auf der ſie wachſen, verbunden ſind, z. E. das Obſt, wann es noch an den Bäumen hängt: das Getreide, wann es noch nicht abgeſchnitten; das Gras, wann es noch nicht gemähet iſt. Sobald die Früchte aber von der Sache, wo ſie wachſen, ſeparirt ſind, heiſſen ſie percepti in eigentlichem Verſtande. Dieſes vorausgeſetzt, wird es leicht ſeyn, den Begriff der fructuum perceptionis zu verſtehen. Wann ich nemlich eine Sache als Eigenthümer, als Uſufructuar, als Miethsmann, als antichretiſcher Glaubiger, oder als bonae fidei poſſeſſor beſitze: ſo gehören die Früchte, welche die Sache hervorbringt, mein. Was ein Eigenthümer iſt, wiſſen wir. (M. ſ. §. 237.) Uſufructuar iſt einer, der ein dingliches Recht auf eine fremde Sache hat, vermöge deſſen er lebenslang alle Früchte davon genießt. (Man ſ. den 371. §.) Daß der Miethsmann eines Gartens, Ackers, einer Wieſe u. ſ. w. die Früchte von der gemietheten Sache zieht, iſt bekannt, und wird unten (§. 927. u. ſ. f.) vorkommen. Wann ich einem eine fruchtbringende Sache zum Unterpfand gebe, und ihm die Früchte ſtatt der Zinſen überlaſſe; ſo heiſt er ein antichretiſcher Glaubiger. Auch er

genieſst alſo die Früchte. Endlich hat auch der bonae fidei poſſeſſor ein gewiſſes Recht auf die Früchte, welches der folgende Paragraph weiter erklärt.

§. 331. Inſonderheit des bonae fidei Beſitzers.

Nemlich wann ich eine fremde Sache mit ununterbrochener bona fide und iuſto titulo beſitze: ſo werde ich einem wahren Eigenthümer gleich geachtet, und acquirire die Früchte durch die Perception. Alſo man ſetzt voraus, daß ich a) eine fremde Sache beſitze. Ich kaufe z. E. ein Landgut von einem, der für den nächſten Erben des verſtorbenen Eigenthümers gehalten wird; nach einiger Zeit aber erſcheint der nähere Erbe, nimmt jenem die Erbſchaft, und mir das Landgut wieder weg. b) Ich beſitze ſie bona fide, ich glaube aus wahrſcheinlichen Gründen, daß ſie mein ſey. c) Die bona fides iſt ununterbrochen. Dann ich will alle Jahre die Früchte genieſſen; folglich muß ich alle Jahr in bona fide ſeyn. d) Ich habe iuſtum titulum; das heiſt einen rechtlichen Grund, der es mir möglich gemacht hätte, Eigenthümer zu werden, wann nur der Verkäufer der wahre Erbe geweſen wäre. e) Ich habe während meines Beſitzes auf dem Landgute Früchte gezogen, und ſie conſumirt, das heiſt, ſie verzehrt, verfüttert, veräuſſert. In dieſem Falle bin ich nicht ſchuldig, die Früchte dem Eigenthümer zu erſetzen. Der folgende Abſchnitt ſetzt dieß weiter auseinander.

§. 332. Fortſetzung.

Nemlich 1) die Früchte gehören nicht ehe dem redlichen Beſitzer, als bis er ſie percipirt, das heiſt von der fruchttragenden Sache abgeſondert; z. E. bis er das Obſt von den Bäumen genommen, das Getreide abgeſchnitten, das Gras gemähet hat. Solang als die fructus noch pendentes ſind, gehören ſie dem bonae fidei poſſeſſori nicht. 2) Der redliche Beſitzer erhält alle Früchte, nicht nur die induſtriales, ſondern auch die naturales. Bachov, Huber und andere (* 1) glauben, daß er nur die erſtere bekomme, weil es im §. 35. I. h. t. heiſt: der bonae fidei poſſeſſor erhalte die fructus *pro cultura & cura*. Allein dieſe Worte beweiſen Hubers Meynung nicht. Dann a) obgleich die fructus naturales keine culturam erfordern, ſo haben ſie doch curam nöthig. Das Gras z. E. iſt fructus naturalis, aber gleichwohl muß die Wieſe von Mooſe geſäubert, und gewäſſert werden; man muß die Maulwurfshaufen niederſtoſſen ꝛc. ꝛc. Auſſerdem läßt ſich b) antworten, der bonae fidei poſſeſſor muß bey einigen Früchten Cultur und Sorgfalt anwenden; dafür bekommt er alle, auch diejenige Früchte, welche keine Wartung erfordern (* 2). 3) Der unredliche Beſitzer kann ſich gar keine Früchte zueignen; er muß ſogar die fructus percipiendos dem Eigenthümer erſetzen. Einige ältere Juriſten behau-

behaupten zwar, daß dieſes eine Ausnahme leide, wann der malae fidei poſſeſſor doch einen Titel habe; z. E. er kauft die Sache, weiß aber daß der Verkäufer nicht berechtigt iſt, ſie zu veräuſſern. Allein dieſe Ausnahme hat in den Geſetzen keinen Grund (* 3).

(1) *Bachov.* in commentar. ad I. §. 35. h. t. *Huber* in praelect. h. t. §. 46.

(2) *Noodt* probab. lib. 2. cap. 7. *Thomaſ.* ad *Huber* l. c. *Vinn.* ſel. quaeſt. lib. I. cap. 25. *Reinold* diſſ. ad tit. D. de A. R. D. cap. 6. in opuſcul. pag. 468. *Cocceji* in iur. controv. tit. de rei vind. Quaeſt. 8. *Walch* controverſ. pag. III. und dieſe Meynung iſt auch in der Praxis angenommen. *H. Piſtor* lib. 4. Quaeſt. 26. n. 5. 6.

(3) *Hunnius* in reſolut. lib. 2. tract. I. Quaeſt. 35. p. 292. *Cocceji* l. c. Quaeſt. 12.

§. 333. Fortſetzung.

Der bonae fidei poſſeſſor acquirirt die Früchte, doch nur mit einer gewiſſen Einſchränkung; nemlich in ſoweit, daß er ſie conſumiren und verjähren kann. Wann der wahre Eigenthümer kommt, und ſeine Sache vindicirt: ſo kann er a) keinen Erſatz wegen der conſumirten Früchte fordern. b) Wann die Früchte noch vorhanden, aber über drey Jahre alt ſind; ſo ſind ſie verjährt, und der bonae fidei poſſeſſor giebt ſie nicht heraus. c) Wann aber die Früchte nicht conſumirt, auch noch nicht verjährt ſind: ſo müſſen ſie dem Eigenthümer verabfolgt werden. Dieß iſt wenigſtens die gemeine Meynung, welche Vinnius, Coſta, Walch, Fricke und andere (* 1) vertheidigen. Sie iſt aber gar nicht auſſer Zweifel. Dann 1) behaupten verſchiedene Juriſten der bonae fidei poſſeſſor behalte die Früchte ſchlechterdings, auch wann ſie nicht conſumirt, oder verjährt wären. Dieſe Meynung hat neuerlich Madihn (* 2) weitläuftig vertheidigt. Andere (* 3) verlaſſen die gemeine Meynung nur in Anſehung der fructuum induſtrialium; in Anſehung der naturalium nehmen ſie dieſelbe an. 2) Glauben nicht wenige Rechtsgelehrten (* 4), der bonae fidei poſſeſſor müſſe die conſumirte Früchte erſetzen, wann er locupletior davon wäre; das heiſt a) wann er ſie veräuſſert hat, und den Werth noch beſitzt; b) wann er ſie verzehrt, und deswegen von ſeinem eignen Vermögen weniger ausgegeben, mithin etwas erſpart hat. Z. E. er hat von dem Landgute, das er bona fide beſaß, für 100 Rthlr. Getreide gezogen, und in ſeiner Haushaltung verbraucht. Wann er das Gut nicht gehabt hätte, ſo würde er für dieſe Summe Getreide haben kaufen müſſen. Die Summe iſt alſo wegen dem Genuß der Früchte erſpart; er iſt aus den Früchten nun um 100 Rthlr. reicher, (locupletior eſt ex fructibus perceptis.) Aber die gemeine Meynung, daß der bonae fidei poſſeſſor einer einzelnen Sache, (von Erbſchaften iſt nicht die Rede,) die fructus conſumtos nicht erſetze, wann er gleich locupletior iſt, vertheidigen die meiſte und angeſehenſte Juriſten (* 5).

(1) *Vinnius* ſel. quaeſt. lib. 1. cap. 26. *Coſta* ad §. 35. I. h. t. *Walch* controverſ. ſect. 2. cap. 2. §. 13. pag. 112. *Alb. Phil. Frick* diſſ. de iure bonae fidei poſſeſſoris circa fructus ex re aliena perceptos. (Helmſt. 1769.) §. 4.

(2) Diſſ. de bonae fidei poſſeſſore ſingulari a reſtitutione fructuum perceptorum immuni. Hal. 1754.

(3) Z. E. *Hunnius* in reſolut. l. c. Quaeſt. 31. et 32. pag. 281. ſqq.

(4) *Struv* ſyntagm. iur. ciu. Ex. 16. th. 54. *Lyncker* annot. ad Struv. l. c. *Moeckert* diſſ. de bonae fidei poſſeſſore ſingulari a reſtitutione fructuum non ſemper immuni. Ien. 1763.

(5) *Cocceji* iur. controv. tit. de rei vind. Quaeſt. 9. *Reinold.* diſſ. ad tit. D. de A. R. D. cap. 6. in opuſc. pag. 470. *Leyſer* ſpec. 99. m. 4. *Wernher* P. 1. obſ. 318. *Walch* controv. iur. ciu. ſect. 2. cap. 2. §. 14. pag. 113. *Frick* diſſ. cit. §. 5. *Trendelenburg* diſſ. ſelecta quaedam capita doctrinae de iure poſſeſſoris circa fructum perceptionem. Kil. 1775. cap. 3.

§. 334. Von der Uebergabe. Erklärung derſelben.

Die letzte natürliche Erwerbungsart iſt die **Uebergabe**, *traditio*. Nach dem Naturrecht iſt, wann ein dingliches Recht von einer Perſon auf die andere übergehen ſoll, nichts nöthig als ein Vertrag (* [1]). Z. E. wann ich jemanden ſein Haus abkaufe, und der Kauf vollkommen iſt: ſo hat ſein Eigenthum ein Ende, und ich bin Eigenthümer. Das römiſche Recht aber geht in dieſem Stücke vom Naturrecht ab. Es erfordert zur Translation eines dinglichen Rechtes mehr als den Vertrag; der Vertrag wirkt nur ein ius ad rem. Wann ein dingliches Recht transferirt werden ſoll: ſo wird noch *traditio*, die Uebergabe erfordert. Was iſt alſo dieſelbe? Man bemerke: dieſes Wort hat eine doppelte Bedeutung. In dem allgemeinen und vulgären Verſtande verſteht man darunter eine Handlung, wodurch der Beſitzer ſeinen Beſitz auf einen andern überträgt. In dieſer Bedeutung kann man ſagen, daß der Deponent die deponirte Sache dem Depoſitar tradire; daß der Verpachter (locator) die Sache dem Pachter, (conductori) tradire. In engerem und juriſtiſchem Verſtande hingegen iſt es **die Uebertragung des ungehinderten Beſitzes von einer körperlichen Sache, welche an einen andern mit deſſen Einwilligung in der Abſicht geſchieht, ihm ein dingliches Recht zu verſchaffen.**

Die Note ſagt, Uebergabe iſt alſo von der Beſitzergreifung verſchieden. (§. 281.) Wann ich dem andern die Sache tradire, ſo ergreift er auch den Beſitz. Aber umgekehrt kann jemand den Beſitz ergreifen, ohne daß ein anderer tradiret. Wann z. E. mein Erblaſſer geſtorben iſt, und ich den Beſitz ſeiner Verlaſſenſchaft ergreife: ſo geſchieht keine Tradition.

(1) Dieß iſt die richtigere Meynung, die auch Grotius de I. B. et P. lib. 2. cap. 6. §. 1. cap. 8. §. 25. *Puſendorf* de I. N. et G. lib. 4. cap. 9. *Huber* digreſſ. lib. 4. cap. 8. *Titius* ad *Puſendorf* de O. H. et C. lib. 1. cap. 12. §. 14. Struben rechtl. Bed. 3. Band. Seite 190. vertheidigen.

§. 335. Grundſätze davon.

Die Grundſätze, welche aus der Definition der Tradition flieſſen, ſind: 1) nur körperliche Sachen können in eigentlichem Verſtande übergeben werden. Der Redegebrauch ſchränkt das Wort tradere auf körperliche Dinge ein. 2) Wer tradirt, will dem andern ein dingliches Recht verſchaffen. Er ſelbſt muß alſo befugt ſeyn, ein ſolches Recht zu transferiren. Wann ich inſonderheit zu dem Ende tradire, um ein **Eigenthum** zu transferiren: ſo muß ich das **Recht zu veräuſſern** (ius alienandi) haben. Dann veräuſſern heiſt nichts anders, als das Eigenthum auf jemand übertragen. 3) Soll die Tradition ein Eigenthum wirken: ſo muß der Tradirende **auch die Abſicht** haben, ein ſolches Recht zu transferiren, kurz: die Abſicht zu alieniren haben 4) Iſt erforderlich: daß ein rechtmäßiger Titel vorausgehe. Dann wann ein ius in re übergehen ſoll: ſo muß ein rechtlicher Grund vorhanden ſeyn, der dieß möglich macht. Dieſer aber heiſt iuſtus titulus (§. 293.) 5) Muß kein anderer im Civilbeſitz der Sache ſeyn, (res vacuae poſſeſſionis ciuilis ſit.) Wann ich einem andern eine Sache übergebe, ein dritter aber noch im Civilbeſitz iſt, und nicht heraus will; ſo wirkt meine Tradition kein Eigenthum, wie L. 13. Cod. de diſtract. pign. und L. 12. C. de probat. zeigen. Verſchiedene Juriſten, z. E. Donellus, Huber, van Eck und Pufendorf und mehrere (* 1) ſind zwar anderer Meynung. Aber die allegirte Geſetze ſind deutlich genug (* 2).

(1) *Donellus* in commentar. iur. ciu. lib. 4. cap. 19. pag. 269. *van Eck* theſ. iur. controv. §. 23. *Pufendorf* in obſ. iur. vniu. Tom. 1. obſ. 2. pag. 2.

(2) Man ſehe *Contii* lib. 1. diſput. cap. 8. *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de adq. rer. dom. §. 63. *Cocceji* in iur. controu. eod. tit. Quaeſt. 11. **Struben rechtl. Bed. 3. Band. 52. Bedenken.** *Walch* controuerſ. p. 117.

§. 336. Folgen aus denſelben.

Die Tradition ſetzt **körperliche** Sachen voraus; Gerechtigkeiten können nur quaſitradirt werden. Wann ich z. E. die Jagdgerechtigkeit als ein dingliches Recht auf einen übertragen will: ſo iſt nicht genug, daß ich ſie ihm durch einen Vertrag abtrete, ſondern ich muß ſie ihm auch quaſitradiren. Die Quaſitradition geſchieht dadurch, daß der andere dieſe Gerechtigkeit Einmal ausübt, einmal auf die Jagd geht, und ich es geſchehen laſſe. Oder ich habe einem das Recht, aus meinem Brunnen Waſſer zu ſchöpfen als ein ius in re verſtattet. Wann er einmal ohne meinen Widerſpruch Waſſer geholt hat: ſo iſt ihm das Recht quaſitradiret. Ehe dieß geſchehen iſt, hat er nur ein ius ad rem. 2) Die Tradition kann durch jede körperliche Handlung geſchehen, wodurch ich zu erkennen gebe, daß ich den andern in den Beſitz geſetzt habe. Dahin gehört; a) wann ich dem Acquirenten die bewegliche Sache in ſeine Hände gebe;

gebe; b) wann ich ihn in das Grundſtück z. E. in das Haus, den Garten führe; c) wann ich die Sache auf ſein Verlangen in ſeinem Hauſe niederlegen laſſe; d) wann ich ihm erlaube, einen Wächter bey die Sache zu ſtellen (* [1]). Wann man ſtatt der Sache ein Zeichen übergiebt, welches die Sache vorſtellet: ſo heiſt ſie die ſymboliſche. Dergleichen iſt a) wann ich einem die Schlüſſel zu dem Hauſe ſtatt des Hauſes übergebe; oder b) die Documente, welche von der Sache reden, ſtatt der Sache; c) wann ich einen Span aus dem Gebäude ſchneide, und ſtatt des Gebäudes tradire. Dieß heiſt *effeſtucatio*. d) Wann ein Schollen aus dem Grundſtück ſtatt des Grundſtückes übergeben wird. Dieſe Tradition heiſt in der Sprache des Mittelalters *ſcotatio*. Zuweilen zeigt man einem die zu übergebende Sache von weitem. Dieſe Art von Tradition heiſt, weil man dabey gewöhnlich einen langen Arm macht, *traditio longae manus*. Endlich wird auch in einem gewiſſen Falle die Tradition, die nicht wirklich geſchehen iſt, geſchehen zu ſeyn fingirt. Dieß nennt man *traditionem breuis manus*. Wann nemlich jemand eine Sache nicht als Eigenthümer beſitzt, und ich erkläre, daß er ſie von nun an als Eigenthümer behalten ſolle: ſo ſagt man, ich habe ſie ihm breui manu tradiret. Es iſt wirklich keine körperliche Handlung, keine Tradition vorgegangen. Die Geſetzgeber aber laſſen in dem gegebenen Falle meine wörtliche Erklärung als eine Tradition gelten. Z. E. jemand hat bisher in meinem Hauſe als Miethsmann gewohnt. Jetzt kauft er mir das Haus ab, und ich declarire, daß er es als Eigenthümer behalten ſoll. Dieſe Erklärung gilt für eine Uebergabe, und heiſt *traditio ficta*, oder *breuis manus*. Die Urſache, warum in dieſem Falle keine wahre Tradition nöthig iſt, und die wörtliche Erklärung ſtatt einer Tradition gilt, liegt darin, weil es die Geſetze als eine unnöthige Weitläuftigkeit anſehen, wann mir der andere die Sache, z. E. das Haus tradiren, und ich es ihm alsdann wieder zurückgeben müßte.

(1) L. 51. D. de adq. vel amit. poſſ. *Stryk* Vſ. mod. tit. de adquir. rer. dom. §. 34.

§. 337. Fortſetzung.

Die Tradition muß wann ſie Wirkung haben ſoll, von einem ſolchen geſchehen, der befugt iſt, ein dingliches Recht zu transferiren. Daraus folgt 3) daß, wann der Tradirende nicht dazu befugt iſt, die Tradition kein dingliches Recht, und inſonderheit kein Eigenthum gebe. Wann übrigens der, welchem tradirt wird, aus wahrſcheinlichen Gründen glaubt, daß der tradirende ein dingliches Recht transferiren könne, ſo wird er ein treuer Beſitzer, (*bonae fidei poſſeſſor*.) Z. E. jemand befindet ſich mit Unrecht im Beſitz einer Erbſchaft; jedermann hält ihn indeſſen für den wahren Erben. Er verkauft mir ein Erbſtück, und tradirt es. In dieſem Falle werde ich durch die Tra-

dition

dition kein Eigenthümer, aber doch ein poſſeſſor bonae fidei. 4) Ein Pupill kann ſich ohne ſeines Vormünders Einwilligung nicht verpflichten, und nichts von ſeinen Sachen veräuſſern. Daher kann er auch für ſich allein nichts gültig tradiren.

§. 338. Fortſetzung.

Die Tradition erfordert iuſtum titulum. Wann dieſer nicht vorausgeht, ſo wirkt die Tradition kein dingliches Recht. Indeſſen bemerke man doch, es iſt nicht nöthig, daß dieſer titulus allemal ausdrücklich benennt werde. Wann auch keiner exprimirt wird, aber doch gewiß iſt, daß der tradirende die Abſicht zu veräuſſern habe: ſo wird titulus donationis präſumirt. Bey dem Kaufcontracte iſt noch das beſondere verordnet, daß wann ich einem eine Sache auf baare Zahlung verkaufe, und tradire, der Käufer nicht Eigenthümer wird, ehe als er die Zahlung leiſtet. Die Urſache iſt, weil der Verkäufer die Abſicht nicht hat, das Eigenthum eher zu überlaſſen, als er ſein Geld bekommen hat. Uebrigens wird, wie geſagt, vorausgeſetzt, daß auf baares Geld, und nicht auf Conto oder Credit gehandelt worden iſt, (quod venditor fidem de pretio non habuerit.) Dann in dieſem Falle geht das Eigenthum ſogleich durch die Tradition über. 6) Die Tradition kann auch an ungewiſſe Perſonen geſchehen, nur müſſen ſie überhaupt (*indefinite*) gewiß ſeyn, das heiſt ich kann mehreren Perſonen etwas übergeben, ohne zu beſtimmen, wer von ihnen es haben ſolle. Der Fall, worauf dieſer Satz ſich bezieht, iſt folgender: wann ich Geld unter das Volk auswerfe, (ſi iacio miſſilia) ſo iſt der Hauſe Menſchen, dem ich es übergebe, beſtimmt, wer aber von ihnen jedes Stück Geld bekommen wird, iſt ungewiß. Dieß ſoll alſo eine traditio in perſonas incertas ſeyn, quae indefinite certae ſunt. Allein die Note bemerkt ganz richtig, dieſe Vorſtellungsart ſey gezwungen; bey dem Geldauswerfen geſchieht vielmehr eine Occupation. Dann in dem ich es wegwerfe, derelinquire ich es; es wird alſo res nullius; und vom Volke occupirt. Vinnius (*1) will zwar leugnen, daß bey dem Geldauswerfen eine Dereliction geſchehe; aber ohne allen Grund, wie Heineccius in ſeinen Noten zum Vinnius gezeigt hat.

(1) In commentar. ad §. 45. I. h. t.

TIT. II.

De rebus corporalibus et incorporalibus.

§. 339. Die Sachen ſind entweder körperlich oder unkörperlich.

Wir haben oben mancherley Eintheilungen der Dinge kennen gelernt. (§. 261. 272. 278. 279.) Noch eine iſt übrig, welche von den Verfertigern der Inſtitutionen eines eigenen Titels werthgeachtet worden iſt; dieß iſt die Eintheilung in **körperliche** und **unkörperliche** Dinge. S. die 20. Tabelle.

§. 340. Erklärung beyder Gattungen.

Körperliche Dinge heiſſen die zuſammengeſetzte Subſtanzen. Was keine Subſtanz, oder nicht aus Theilen zuſammengeſetzt iſt, heiſt eine **unkörperliche Sache**. Die römiſche Juriſten ſagen: res corporales ſunt, quae tangi poſſunt, das heiſt, die in die Sinne fallen; incorporales, quae tangi non poſſunt. Aber es giebt körperliche Dinge, z. E. die magnetiſche Materie, die mit keinen Sinnen empfunden werden können. Die erſte Definition iſt alſo richtiger. Die unkörperliche Dinge ſind entweder 1) **moraliſche**; dahin gehören a) **Gerechtigkeiten und Anſprüche**; z. E. das Erbrecht, das Recht des Niesbrauches, die Jagdgerechtigkeit, Zehendrecht, Schuldforderungen: b) die **Verbindlichkeiten**. Z. E. eine Schuld von 1000 Rthlr. die ich einem andern zu bezahlen habe, iſt ſowohl in Rückſicht auf den Glaubiger, als auf mich eine unkörperliche Sache. Oder 2) **phyſiſche**. Dergleichen ſind genera und quantitates. Wann ich nemlich nicht eine gewiſſe beſtimmte Sache, ſondern eine Sache überhaupt (rem in genere) zu fordern habe: ſo ſagt der Juriſt meine Forderung gehe auf eine unkörperliche Sache. Z. E. jemand vermacht mir eine goldene Uhr; nicht ein gewiſſes **Individuum**, ſondern eine ſolche Uhr überhaupt. In dieſem Falle habe ich eine unkörperliche Sache zu fordern. Wäre mir eine beſtimmte, individuelle goldne Uhr vermacht: ſo hätte ich etwas körperliches zu fordern. Auch die Quantitäten gehören hieher. Wer z. E. 1000 Thlr., 100 Malter Waizen zu fordern hat, der fordert eine unkörperliche Sache.

In der Anmerkung leitet unſer Autor die juriſtiſche Definition der körperlichen und unkörperlichen Sachen aus der Stoiſchen Philoſophie her. Wer Luſt hat, dieſe Sache weitläuftig und mit Gelehrſamkeit ausgeführt zu leſen, kann die angeführte **Meiſteriſche** Abhandlung nachſchlagen.

§. 341.

§. 341. Unkörperliche Dinge werden nicht beſeſſen, nicht tradiret, ſind nicht im Eigenthume.

Die Wörter **beſitzen, übergeben, Eigenthum** gehen nach dem Redegebrauch nur auf körperliche Dinge. Von den Gerechtigkeiten ſagt man nicht im eigentlichen Verſtande, daß man ſie im Beſitz habe, daß man ſie einem tradire, daß einem ein Eigenthumsrecht darauf zuſtehe. Indeſſen ſagen doch die Juriſten von dieſen Dingen quaſi poſſidentur, quaſi traduntur, in bonis ſunt. Wann es mir nemlich phyſiſch möglich iſt, eine Gerechtigkeit auszuüben: ſo bin ich im Quaſibeſitz. Was die Quaſitradition der Gerechtigkeiten ſey, iſt vorhin erſt erklärt worden. (§. 336.) Und endlich wann mir eine Gerechtigkeit dergeſtalt zuſteht; daß ich darüber nach Gefallen diſponiren darf: ſo iſt ſie *in bonis meis*.

§. 342. Bewegliche und unbewegliche Dinge.

Die körperliche Sachen laſſen ſich entweder ohne Schaden von einem Orte zum andern bewegen, oder nicht. Im erſten Falle heiſſen ſie **bewegliche**, im letzten **unbewegliche**. Alſo unbeweglich ſind a) die Sachen, welche ſich gar nicht von einem Orte zum andern bringen laſſen, z. E. Aecker, Wieſen, Gärten; b) Dinge, welche man nicht unbeſchädigt von der Stelle bringen kann, z. E. Gebäude. Bewegliche Dinge hingegen ſind a) ſolche, die ſich ſelbſt von der Stelle bewegen, als Sklaven und Thiere, (*res ſeſe mouentes*;) b) die ſich bewegen laſſen, z. E. Tiſche, Stühle, Bücher u. ſ. w. (*res mobiles ſtricte.*)

Die unbewegliche Sachen ſind entweder **von Natur**, oder **durch die Diſpoſition der Geſetze unbeweglich**, (res immobiles vel *natura*, vel *iuris intellectu* tales ſunt.) Es giebt nemlich Sachen, die ihrer Natur nach beweglich ſind; aber doch von den Geſetzen unter die unbewegliche gerechnet werden. Der Grund liegt entweder a) darin, weil dieſe Sachen mit einer unbeweglichen feſt verbunden ſind; z. E. die Bäume auf einem Grundſtücke, die fructus pendentes, Tapeten im Hauſe u. ſ. w. oder b) weil ſie zum beſtändigen Gebrauche einer unbeweglichen Sache beſtimmt ſind. Dergleichen ſind die Ziegel auf dem Dache, Fenſter, Thüren; die Braugefäße in einem Brauhauſe, Bälge, Hämmer, Amboße in einem Eiſenhammer (*¹). Uebrigens iſt die Diſtinction zwiſchen beweglichen und unbeweglichen Sachen wichtig, weil in vielen Puncten die bewegliche Dinge andere Rechte, als die unbewegliche haben, wie in den Pandecten gezeigt wird. Ich will hier nur einige von dieſen Puncten bemerken. In der Lehre von der Verjährung diſtinguirt man zwiſchen beweglichen und unbeweglichen Dingen; dann jene werden in drey, dieſe erſt in zehen oder zwanzig Jahren verjährt. (§. 400.) Auch in der Ma-

terie vom Heyrathsgut iſt die Diſtinction wichtig. Dann von beweglichen Heyrathsgütern iſt der Ehemann unumſchränkter Eigenthumsherr, von unbeweglichen nicht immer (§. 418.)

(1) *Paul Voet.* tr. de mobilium et immobilium natura, (Vltrai. 1666. 8.) cap. 3. ſeqq. *Io. Aug. Hellfeld* diſſ. de hypotheca mobilium cap. 1. in opuſc. pag. 141. ſeqq.

§. 343. Ob unkörperliche Dinge zu den beweglichen oder unbeweglichen gehören?

Die Diſtinction zwiſchen beweglichen und unbeweglichen Dingen paßt nur auf die **körperliche**; dann die unkörperliche ſind weder beweglich noch unbeweglich. Indeſſen iſt es doch 1) zuweilen nöthig, daß man ſie entweder unter die eine, oder die andere Claſſe rechne. Z. E. wann jemand den A zum Erben aller ſeiner beweglichen Dinge, den B zum Erben aller unbeweglichen einſetzt, und ſich in der Verlaſſenſchaft unkörperliche Dinge, z. E. Zehendrecht, ausſtehende Schulden u. d. g. befinden. In dieſem Falle iſt die Sache durch mancherley Diſtinctionen zu entſcheiden, wie in den Pandecten vorgetragen werden wird. 2) Erfordert es zuweilen die Billigkeit im erklären, daß man unter dem Ausdrucke: **meine bewegliche und unbewegliche Sachen**, auch die Gerechtigkeiten mitbegreiſe. Dieß geſchieht, wann ich jemanden *titulo oneroſo*, das heiſt **nicht unentgeltlich**, ein Recht auf meine bewegliche und unbewegliche Sachen gebe. Der Fall kommt hauptſächlich bey Verpfändungen vor. In Pfandverſchreibungen nemlich heiſt es zuweilen: **ich ſetze mein Vermögen, bewegliches und unbewegliches zum Unterpfande**, und die Frage entſteht, ob auch des Schuldners Gerechtigkeiten darunter zu verſtehen ſind. Die richtigſte Meynung iſt die bejahende. Denn wer jene Formel braucht, der denkt ſich unter dem Ausdruck **beweglich- und unbewegliches Vermögen** das ganze Vermögen, und hat gar nicht die Abſicht, die Gerechkeiten auszuſchlieſſen (* 1).

(1) *Franzk.* in comment. ad Pand. tit. de pign. et hyp. n. 117. *Lauterb.* in coll. th. pr. eod. tit. §. 23. *Leyſer* ſp. 26. m. 1. *Bynkershoek* lib. 3. obſ. 2.

De

De actionibus ex dominio oriundis.

§. 344. Klagen aus dem Eigenthumsrecht.

Die Klagen, welche aus dem Eigenthumsrecht entſtehen, ſind die *rei vindicatio* und *actio Publiciana*. Nemlich rei vindicatio heiſt in weitläufigerer Bedeutung jede Realklage, oder jede Klage, welche aus einem dinglichen Rechte entſteht. (§. 284. 285.) In eigentlichem Verſtande aber iſt die rei vindicatio die Klage, welche aus der erſten Gattung des dinglichen Rechtes, aus dem Eigenthumsrechte entſpringt, kurz die **Eigenthumsklage.**

Dieſe iſt von zweyerley Art. (S. die 21. Tabelle.) Entweder wird neben der Vindication zugleich eine Handlung, ein Geſchäft **beſtritten**, oder nicht. Jene heiſt *rei vindicatio qualificata*, dieſe *ſimplex*. Die qualificata iſt entweder *querela nullitatis*, oder *actio reſciſſoria*. Wann ich bey der Vindication bitte, daß ein gewiſſer Handel für **null und nichtig** erklärt werde: ſo ſtelle ich querelam nullitatis an; wann ich aber verlange, daß ein nach ſtrengem Recht **giltiger** Handel um der Billigkeit willen **wieder aufgehoben werde**: ſo iſt es actio reſciſſoria. Man ſtelle ſich z. E. vor, die Sachen des Minderjährigen ſind ohne Conſens des Vormundes, oder ohne obrigkeitliches Decret veräuſſert worden. In dieſem Falle kann er querelam nullitatis anſtellen; nemlich bitten, daß die Alienation für nichtig erklärt, und ihm ſeine Sache wieder herausgegeben werde. Dieſe Klage iſt nichts anders, als eine Gattung der Reivindication, eine qualificata rei vindicatio. Von der actione reſciſſoria wird im §. 407. ein Exempel vorkommen; und §. 1102. ein anderes, die actio Paulliana nemlich. Die ſimplex rei vindicatio entſteht entweder aus einem **wahren** Eigenthumsrechte; oder aus einem **fingirten**. Im erſten Falle heiſt ſie rei vindicatio *ciuilis*, im letzten *praetoria* oder *actio Publiciana*.

Die Definition der Reivindication enthält folgende Charactere: 1) dieſe Klage wird vom **Eigenthümer** angeſtellt. Der Kläger muß alſo ſein Eigenthumsrecht an die Sache, welche er fordert, erweiſen. Zu dem Ende muß er entweder zeigen: a) daß ihm der wahre Eigenthümer die Sache iuſto titulo überlaſſen und tradirt; oder b) daß er die Sache durch die Verjährung erlangt; oder c) daß er ſie vom landesherrlichen Fiscus gekauft habe. Nemlich wann ich eine Sache vom Fiscus kaufe, und tradirt erhalte: ſo werde ich Eigenthümer, wann es auch gleich der Fiscus nicht war. Man denke ſich den Fall, ein Menſch ſtirbt ohne Erben; der Fiscus occupirt alſo die Verlaſſenſchaft, und darunter ſind Sachen, welche dem Verſtorbenen nicht eigen, ſondern nur

geliehen waren. Der Fiscus nimmt ſie aber bona fide mit der übrigen Verlaſſenſchaft zu ſich, und verkauft ſie mir. Vermöge eines beſondern dem Fiscus zuſtehenden priuilegii werde ich durch dieſen Kauf ſogleich nach der Tradition Eigenthümer. Oder er muß d) beweiſen daß die Sache res nullius war: und von ihm occupirt worden iſt; oder e) daß er ſie iure acceſſionis, oder f) iure fructuum perceptionis beſitze; oder g) daß ſie mit ſeinem Gelde erkauft worden ſey. Nur wird in dieſem letzten Fall erfordert, daß er eine von den Perſonen iſt, welche das beſondere Privilegium haben, daß Sachen, die mit ihrem Gelde erkauft werden, ihnen gehören. Der Regel nach nemlich kann ich eine Sache nicht aus dem Grunde in Anſpruch nehmen, weil ſie ein anderer mit meinem Gelde erkauft hat; z. E. wann ich meine Börſe verliehre, ein anderer ſie findet, und ſich etwas dafür kauft: ſo iſt dieſe Sache nicht mein. Nur einige Perſonen, die Pupillen, Minderjährige und, nach der Praxis, die Kirchen haben das Vorrecht, daß wann ihr Vormund oder Verwalter in ihre Caſſe greift, und ſich etwas vom Gelde derſelben ankauft, ſie es als ihr Eigenthum in Anſpruch nehmen können.

Der zweyte Character iſt, die Reivindication wird gegen jeden Beſitzer angeſtellt. Dann ſie iſt eine Realklage. (§. 285.) Auch kann 3) der belangt werden, welcher betrüglich (dolo) aufgehört hat zu beſitzen. Wann ich nemlich eine Sache aus meinem Beſitz weggeſchafft habe, in der Abſicht dem Eigenthümer ſeine Reivindication zu vereiteln: ſo ſagt man, ich habe dolo aufgehört zu beſitzen. (§. 281.)

4) Die Bitte des Klägers iſt, daß der Beklagte die Sache *cum omni cauſa* herausgeben ſoll; das heiſt er ſoll die Sache dergeſtalt reſtituiren, daß der Kläger alles bekomme, was er würde gehabt haben, wann ihm die Sache zur Zeit der Litisconteſtation präſtirt worden wäre. L. 20. D. de rei vind. L. 31. D. de reb. cred. Er muß alſo die Sache herausgeben a) mit den Acceſſionen; z. E. wann ich die Wieſe vindicire, die durch die Alluvion einen Zuwachs erhalten hat: ſo muß mir der Beſitzer auch dieſen Zuwachs abtretten; b) mit den Früchten. Wann der Beſitzer in mala fide war: ſo muß er fructus perceptos und percipiendos herausgeben; iſt er aber in bona fide, ſo giebt er nur die fructus pendentes, und ſeparatos exſtantes, nondum uſucaptos. (§. 332. 333.) Dieß drückt unſer Autor mit den Worten: fructibus ſecundum qualitatem poſſeſſionis, aus. Endlich c) gehört zu der cauſa auch, daß der malae fidei poſſeſſor den Schaden erſetze, wann er die Sache verdorben hat. Der bonae poſſeſſor iſt dazu nicht verbunden, wie wir oben gehört haben. (§. 283. 6.)

§. 345. Von der Publicianiſchen Klage.

Wer die Reivindication anſtellt, muß beweiſen, daß er Eigenthümer ſey. Dieſer Beweiß aber iſt oft ſehr ſchwer. Ich kann zuweilen zwar ſoviel beweiſen, daß die Sache durch einen rechtmäßigen Titel an mich gekommen iſt, aber nicht daß mein *auctor*, das heiſt der, von dem ich die Sache erhalten habe, Eigenthümer war. In dieſem Falle kommt mir der Prätor zu Hülfe. (§. 51. 52.) Er ſagt, wann du einen rechtmäßigen Titel und modum adquirendi haſt, auch in bona fide biſt; dein Gegner aber, der die Sache beſitzt, entweder keinen rechtmäßigen Titel hat, oder in mala fide iſt: ſo will ich dir eine Klage geſtatten, will fingiren, als ob du dein Eigenthum förmlich erwieſen hätteſt, und den Beſitzer zur Herausgabe der Sache anhalten. Dieſe Klage heiſt von ihrem Erfinder, einem Prätor Quintus Publicius, *actio Publiciana.*

1) Sie gründet ſich alſo *in dominio ficto* oder *putatiuo.* Dominus fictus oder putatiuus nemlich heiſt der, welcher iuſtum titulum, modum adquirendi und bonam fidem hat, aber nicht beweiſen kann, daß ſein Auctor auch Eigenthümer war. Sie hat aber 2) nur ſtatt gegen einen, welcher infirmiore iure, das heiſt ohne rechtlichen Titel oder mala fide beſitzt. 3) Ihr Zweck iſt, daß dem Kläger das dominium putatiuum zuerkannt, und der Beklagte angewieſen werde, die Sache mit aller cauſa abzutretten.

TIT. III.

De ſeruitutibus praediorum.

§. 346. Uebergang zu dieſer Materie.

Wir haben oben gehört (§. 286.) daß das dingliche Recht vier Gattungen habe, Eigenthum, Dienſtbarkeit, Erbrecht und Pfandrecht. Die erſte Gattung, das Eigenthumsrecht, hat uns bisher beſchäftigt, und wir gehen nun zu der andern Gattung, zu den Dienſtbarkeiten über.

§. 347. Was iſt eine Dienſtbarkeit?

Die Servitut oder Dienſtbarkeit iſt ein dingliches Recht auf eines andern Sache, vermöge deſſen er auf dieſer Sache entweder etwas leiden muß, oder etwas nicht thun darf, und zwar zum Beſten einer Perſon oder Sache. Alſo ſie iſt 1) ein dingliches Recht. Wann

ich

ich nur ein *ius ad rem* gegen einen Menſchen habe, vermöge deſſen er auf ſeiner Sache etwas leiden muß, oder nicht thun darf: ſo habe ich keine Servitut. Z. E. wann mir einer ſein Haus vermiethet, ſo muß er leiden, daß ich es bewohne. Weil ich aber kein dingliches Recht auf das Haus, ſondern nur ein perſönliches gegen den Vermiether habe, ſo ſteht mir keine Servitut zu. 2) Iſt die Servitut ein **Recht auf eine Sache.** Wir reden alſo hier nicht von der Knechtſchaft, oder von dem Zuſtande eines **Menſchen**, vermöge deſſen er im Eigenthum eines andern iſt. 3) Sie iſt ein Recht, vermöge deſſen ein anderer leiden muß, daß ich etwas auf ſeiner Sache vornehme, was ich ohne Servitut nicht vornehmen dürfte; oder vermöge deſſen der andere etwas unterlaſſen muß, was er ſonſt vermöge der natürlichen Freyheit thun dürfte. Z. E. wann mir jemand das Recht giebt, aus ſeinem Brunnen Waſſer zu ſchöpfen, ſo muß er etwas leiden, das er auſſerdem zu leiden nicht ſchuldig wäre; wann mir jemand verſpricht, daß auf ſeinem Hofe nie ein Gebäude aufgeführt werden ſoll, das mir meine Fenſter verdunkelt, ſo muß er nun das Bauen unterlaſſen, welches ihm vermöge der natürlichen Freyheit erlaubt wäre. In beyden Fällen iſt alſo eine Servitut vorhanden. 4) **Dieſes leiden oder nicht thun** gereicht einem andern Subject zum **Beſten.** Nach dem ſtrengen Rechte mußte ein **Nutzen in eigentlichem Verſtande** durch die Servitut befördert werden. Um des **Vergnügens** willen konnte man keine Servitut beſtellen. Nach den neuern Geſetzen und Gewohnheiten aber war dieſes erlaubt (*[1]). 5) Den Nutzen der Servitut genießt entweder **die Sache**, oder **die Perſon.** Daher ſind die Servituten von zweyerley Art, entweder *reales ſiue praediales*, oder *perſonales*. (S. die 22. Tabelle.) Bey jeder Servitut iſt das **Object**, auf welchem die Servitut ruhet, eine Sache. Aber nachdem das **Subject**, welchem das Recht der Servitut zuſtehet, verſchieden iſt, nachdem iſt auch die Servitut verſchieden. Nemlich wann die Servitut einem Menſchen, für **ſeine Perſon auf lebenslang** zuſtehet, ſo heiſt ſie eine perſönliche; wann aber ein ſolches Recht **allen Beſitzern** einer Sache zukommt, ſo iſt eine ſeruitus realis vorhanden. Z. E. wann das Recht Waſſer zu ſchöpfen, mir für meine Perſon zukommt, ſo daß ich es ausüben kann, aber nicht mein Erbe, auch nicht ein künftiger Beſitzer meines Hauſes: ſo iſt es eine perſönliche Servitut. Wann aber alle Beſitzer meines Hauſes befugt ſind, aus des Nachbars Brunnen Waſſer zu holen: ſo iſt dieſes Recht eine reelle Dienſtbarkeit.

In Deutſchland giebt es noch eine dritte Art von Dienſtbarkeiten. Sie kommen nicht allen Beſitzern eines Grundſtückes; ſondern **einer Perſon** zu; aber **ſie ſind doch nicht auf dieſe Perſon eingeſchränkt.** Sie gehen auf die Erben; man kann ſie auch an andere veräuſſern. Z. E. jemand kann das Zehendrecht haben, dergeſtalt daß er es auf ſeine Erben zu transferiren, daß er

er es zu verkaufen, zu vertauſchen, zu verſchenken befugt iſt. Dieſe Servituten waren den Römern unbekannt.

(1) *Noodt* probabil. lib. 1. cap. 2.

§. 348. Von den perſönlichen Servituten.

Die meiſte Servituten ſind ſo beſchaffen, daß ſie der Eigenthümer einem andern nach Belieben entweder als reelle, oder als perſönliche ertheilen kann. Einige aber können nach der Vorſchrift der römiſchen Geſetze nicht anderſt als perſönlich gegeben werden. Zu der letzten Gattung gehören vier: vſus fructus, vſus, habitatio, opera ſeruorum. Dann man kann den vſumfructum nur einem Menſchen für ſeine Perſon geben; nicht allen Beſitzern eines gewiſſen Grundſtücks, und ſo auch bey den übrigen. Alle andere Servituten, auſſer den vier angeführten, gehören zu der erſten Art, das heiſt ſie können eben ſowohl reales als perſonales ſeyn. Sie werden aber gewöhnlich ſchlechthin ſeruitutes reales genennt, weil ſie meiſtens allen Beſitzern einer Sache ertheilt werden, und alſo in den meiſten Fällen reales ſind (* [1]).

(1) *Berger* reſolut. L. L. obſt. Lib. 8. Tit. 1.

§. 349. Von den Realſervituten.

Die römiſche Juriſten erklären die ſeruitutem realem, ſie ſey eine Servitut *vbi praedium ſeruit praedio*; das heiſt deutlicher, ſie iſt eine Servitut, die allen Beſitzern eines Grundſtückes auf ein anderes Grundſtück zuſtehet. Eine ſeruitus realis alſo ſetzt ſchlechterdings zwey Grundſtücke oder praedia voraus; eines, deſſen Beſitzer das Recht der Dienſtbarkeit haben, und ein zweytes, deſſen Beſitzer die Servitut leiden müſſen. Das erſte heiſt *praedium dominans*, das herrſchende Gut; das andere *praedium ſeruiens*, das dienſtbare Gut. Z. E. wann mein Nachbar auf ſeinem Hofe nichts bauen darf, was die Fenſter meines Hauſes verdunkelt: ſo iſt der Hof das praedium ſeruiens, mein Haus das dominans. Wann ich um in meinen Garten zu kommen, über des Nachbars Acker fahren darf: ſo iſt mein Garten praedium dominans, des Nachbars Acker praedium ſeruiens.

§. 350. Sie ſind entweder vrbanae oder ruſticae.

Die reellen Servituten werden in *urbanas* und *ruſticas* eingetheilt. Nemlich praedium vrbanum heiſt in der Materie von den Dienſtbarkeiten jedes Gebäude, es mag in der Stadt oder auf dem Lande liegen, es mag zur Wohnung oder zu einem andern oeconomiſchen Gebrauch beſtimmt ſeyn. Praedium ruſticum aber iſt jeder leere Platz, z. E. ein Hof, Garten, Acker, Wieſe u. ſ. w. Dieß iſt wenigſtens die richtigere Erklärung, wie Vinnius (* [1]), Noodt (* [2]), und Koch (* [3]) gezeigt haben. Wann eine Dienſt-

barkeit zum Vortheil eines praedii vrbani beſtellt iſt, ſo heiſt ſie vrbana; gereicht ſie einem praedio ruſtico zum beſten, ſo heiſt ſie ruſtica (* 4). Eine und dieſelbe Servitut kann alſo unter verſchiedenen Umſtänden vrbana und ruſtica ſeyn; z. E. wann die Beſitzer eines Hauſes das Recht haben, ihr nöthiges Waſſer aus des Nachbars Brunnen zu holen: ſo iſt die Servitut eine vrbana. Dürfen aber die Eigenthümer eines Gartens das zum Begieſſen der Gewächſe erforderliche Waſſer in dem benachbarten Brunnen ſchöpfen: ſo iſt dieſelbe Servitut eine ruſtica (* 5).

Die Note ſagt, nach dem alten römiſchen Recht war die Diſtinction der Servituten in vrbanas und ruſticas practiſch. Dann dieſe waren res mancipi, jene nicht. Nachdem aber der Unterſchied unter rebus mancipi und nec mancipi aufgehoben iſt: ſo hat auch jene Diſtinction allen Nutzen verlohren (* 6).

(1) *Vinn.* in ſel. quaeſt. lib. 1. quaeſt. 30.
(2) *Noodt* ad Pand. lib. 8. tit. 3.
(3) Am a. O.
(4) Anderer Meynung iſt *Pragemann* diſſ. de genuina notione ſeruitutis praediorum vrbanorum, (Ien. 1717.) cap. 4.
(5) *Merillius* ad §. 2. I. h. t.
(6) *Thomaſii* diſſ. de ſeruit. ſtillicidii §. 15.

§. 351. Grundſätze bey den Servituten.

Die Hauptgrundſätze bey den Servituten ſind folgende: 1) Jede Servitut iſt ein Recht auf einer fremden Sache; von meiner eignen Sache ziehe ich Nutzen iure dominii, nicht iure ſeruitutis. Dieß drücken die römiſche Juriſten alſo aus: *res propria nemini ſeruit.* 2) Alle Dienſtbarkeiten beſtehen darin, daß der Eigenthümer des dienſtbaren Gutes etwas **leiden**, oder **unterlaſſen** muß; er muß z. E. **leiden**, daß ich über ſeinen Acker gehe oder fahre; **leiden**, daß ich meine Dachtrauſe in ſeinen Hof fallen laſſe; **leiden**, daß ich die Balken meines Hauſes in ſeine Mauer lege; ꝛc. ꝛc. oder er muß das Bauen **unterlaſſen**, wodurch mir mein Proſpect verdorben würde; darf in ſeine eigne Wand **keine Fenſter machen**; darf das Regenwaſſer von ſeinem Dache **nicht auffangen**, ſondern muß mir es überlaſſen ꝛc. ꝛc. Keine Servitut kann alſo *in faciendo* beſtehen. Wann mir jemand verſpricht, daß er zum Nutzen meines Grundſtückes **etwas thun wolle**; z. E. alle Jahre meine Aecker pflügen, meine Wieſen wäſſern, meinen Garten umgraben wolle: ſo verpflichtet dieſes Verſprechen zwar ihn und **ſeine Erben**. Aber er kann den **künftigen Beſitzern ſeines Grundſtückes**, die nicht ſeine Erben ſind, (ſucceſſoribus ſingularibus,) keine Verbindlichkeit auflegen; er kann nicht verſprechen, daß z. E. alle Beſitzer ſeines Landgutes meine Aecker pflügen ſollen,

len, u. ſ. w. er kann dieſes Recht mir nicht als eine *ſeruitutem realem* geben. Einen befriedigenden Grund dieſer Regel kann ich nicht angeben. Was man gewöhnlich ſagt: ſeruitutem *res* debet; non perſona; res autem *facere* non poteſt; iſt ſoviel als nichts geſagt. Dann man kann eben ſo wenig behaupten, quod res *pati* aut *non facere* poſſit; und wann gleich eine Sache nichts thun kann, ſo können es doch die Beſitzer der Sache.

Die Note bemerkt, daß die ſeruitutes, bey welchen der Eigenthümer des praedii ſeruientis etwas leiden muß, *affirmatiuae*; die aber, wo er etwas unterlaſſen muß, *negatiuae* heiſſen. Alſo z. E. die Servitut über eines andern Acker zu gehen, zu fahren, iſt eine affirmatiua; hingegen das Recht, meinem Nachbar das Bauen auf dem Seinigen zu verwehren, eine negatiua.

Auſſerdem aber muß ich anmerken, daß es in Deutſchland ſeruitutes in faciendo conſiſtentes giebt. Nemlich wir haben erſtlich die ſogenannte Bannrechte, (*iura bannaria*,) die man als ſeruitutes in faciendo conſiſtentes anſehen kann. Wir haben Bannmühlen, Bannſchenken, Bannbrauhäuſer, in welchen die Einwohner eines Orts ihr Getraide mahlen, ihr Getränke holen, ihr Bier brauen müſſen. Sodann geſchieht es zweytens ſehr oft, daß die Beſitzer eines Gutes zu gewiſſen Abgaben oder Dienſten verpflichtet ſind; ſie müſſen z. E. den Zehenden von den Früchten liefern, Holzfuhren thun, u. ſ. w. Auch dieſe Rechte kann man ſeruitutes in faciendo conſiſtentes nennen (* 1). Indeſſen denke man nicht, daß darum der römiſche Grundſatz: ſeruitus in faciendo conſiſtere nequit, mit ſeinen Folgen gänzlich wegfalle. Wird werden §. 353. und 357. Exempel vom Gegentheile ſehen (* 2).

3) Alle Servituten ſind untheilbar. Dann ſie ſind unkörperliche Dinge, und es iſt unmöglich, ſich die Hälfte, ein Drittheil ꝛc. einer Servitut zu denken. Wann daher a) jemand eine Servitut zu conſtituiren verſpricht, und mit Hinterlaſſung mehrerer Erben ſtirbt: ſo kann jeder Erbe auf die Beſtellung der Servitut belangt werden, (heredes ſeruitutem promittentis tenentur in ſolitum.) Stirbt der, welchem die Servitut verſprochen worden iſt, und hinterläßt mehr als Einen Erben, ſo kann jeder Erbe auf die ganze Servitut klagen, (ſinguli heredes ſtipulatoris ſolidum petunt) L. 17. D. de ſeruit. b) Eine Servitut haftet daher auch auf dem ganzen dienſtbaren Gute, und wann gleich ein Stück deſſelben zu Grunde gehet; z. E. wann ein Stück des Gartens: auf dem ich den Niesbrauch habe, vom Waſſer weggeſpület wird; ſo bleibt ſie doch auf dem übrigen Theile. c) Wann das herrſchende Gut an mehrere Eigenthümer gelangt: ſo kann jeder die Servitut ausüben (* 3). Endlich d) wann ich eine Servitut habe, und nicht alles thue, was ich vermöge ihrer thun dürfte: ſo erhalte ich mir dennoch die ganze Servitut; z. E. wann ich vermöge des Beholzigungsrechtes in einem fremden Walde alle Jahre 20

Klafter Holz fällen dürfte; aber lange Zeit nur 12 gefället habe: ſo iſt darum das Recht auf die ganze Anzahl der 20 Klafter nicht verlohren (*[4]). Aber iſt dann auch der vſusfructus untheilbar? Viele Juriſten (*[5]) halten ihn für theilbar, andere (*[6]) für untheilbar. Der ganze Streit iſt Logomachie. Das Recht des Niesbrauches iſt untheilbar, ſo wie andere Servituten; aber der Genuß, die *perceptio fructuum*, kann getheilt werden (*[7]). 4) Nach den römiſchen Geſetzen giebt es keine ſeruitutes temporales; das heiſt ich kann einem keine Servitut beſtellen auf eine gewiſſe Zeit, (in diem;) oder ſo, daß ſie erſt nach einer gewiſſen Zeit (ex die) gelten ſoll: auch nicht unter einer Bedingung. Den Grund dieſer Verordnung hat Donellus (*[8]) weitläuftig unterſucht. Sie gründet ſich doch am Ende auf nichts als Subtilitäten. Der Prätor, welcher dieſes wohl begriff, gab mir daher exceptionem doli oder pacti, wann ich jemanden eine Servitut unter einer ſolchen Einſchränkung zugeſtanden hatte, und er die Einſchränkung überſchreiten wollte. 5) Die ſeruitutes reales müſſen cauſam perpetuam haben; das heiſt ein Recht, welches ich einem andern als eine Realſervitut geben will, muß ſo beſchaffen ſeyn, daß es der andere genieſſen kann, ohne von mir dabey einen Handdienſt nöthig zu haben. Z. E. wann ich befugt bin, in einer Wand eine Oeffnung zu haben, durch welche das Waſſer aus des Nachbars Hof in mein Haus lauft, und meinen Fußboden abſpület: ſo heiſt dieſes Recht ius foraminis. Nun iſt die Frage, ob ich mir daſſelbe als eine ſeruitutem realem geben laſſen kann? In der l. 28. D. de ſeruit. praed. vrb. wird ein Unterſchied gemacht, ob Regenwaſſer durch das Loch läuft; oder ob der Nachbar das nöthige Waſſer zum Abſpülen meines Bodens jedesmal herbeytragen muß. Im erſten Falle kann das ius foraminis eine ſeruitus realis ſeyn; im letzten Fall nicht; dann jetzt muß der Nachbar etwas thun, eine ſeruitus realis aber kann nach römiſchem Recht nicht in faciendo beſtehen. Indeſſen hat der Prätor auch dieſe Regel unwirkſam gemacht. Dann er verſprach einen jeden zu ſchützen, der ſich im Beſitz eines ſolchen Rechtes befände, wann es gleich keine cauſam perpetuam hätte. L. 2. D. commun. praed. L. 9. D. de ſeruit. praed. ruſt. Daher wird auch heutigestags auf dieſe Regel nicht mehr geſehen (*[9]).

(1) *Titius* in diſſ. de ſeruitute faciendi. in collect. diſp. num. 11.

(2) *Hommel* rhapſod. obſ. 189. p. 178. Struben rechtl. Bed. 4. Band. Seite 404.

(3) *Hoffmann* tract. de iure rerum indiuiduar. cap. 3. ſect. 2. Aph. 3. p. 209.

(4) *Ramdohr* diſſ. de toto iure per partialem uſum ſeruato §. 24. *Pufendorf* Tom. 3 obſ. 188. §. 29. Struben rechtl. Bed. 3. Theil. 167. Seite. *Car. Frid. Seeger* diſſ. de notione non vſus ſeruitutum praedialium praeſertim partialis, (Tubing. 1782.) §. 17. ſqq.

(5) *Donell.* ad L. 2. D. de verb. oblig. *Goeddaeus* in tr. de contrah. et commit. ſtipulat.

ſtipulat. cap. 6. concl. 22. n. 295. *ſqq. Cuiacius* lib. 12. obſ. 13. *Franzkius* ad pand. tit. de vſufr. adcreſcend. n. 20. *Puſendorf.* Tom. 3. obſ. 188. §. 34.

(6) *Hotomann.* in quaeſt. illuſtr. Cap. 18. *Hunnius* ad *Treutler.* Diſp. 27. th. 41.

(7) *Hoffmann* l. c. cap. 1. Aph. 7. pag. 14. ſqq.

(8) *Donell.* in commentar. iur. ciu. lib. 11. cap. 10. Man ſehe auch *Jani a Coſta* praelect. ad illuſtriores quosdam tit. iur. ciu. (Lugd. Bat. 1773.) pag. 31.

(9) *Wieſand* opuſc. pag. 168. ſqq.

§. 352. Wie die Realſervituten entſtehen.

Die reelle Dienſtbarkeiten können auf mancherley Art entſtehen; 1) **durch Verträge**; wann ich einem die Servitut durch eine Schenkung einen Kauf, Tauſch u. d. gl. überlaſſe. 2) Durch **letzte Willensverordnungen**, z. E. ich vermache jemanden das Recht, daß er und alle Beſitzer ſeines Landgutes in meinem Walde jagen dürfen. 3) Durch die **Verjährung**. Ich will dieſen Punct zuerſt hiſtoriſch, alsdann aber dogmatiſch erläutern. In der Geſchichte dieſes Artikels ſind fünf Perioden zu unterſcheiden.

I. Die Geſetze der 12 Tafeln erlaubten die Uſucapion der Dienſtbarkeiten nicht. Sie redeten nemlich nicht davon: ſagten nur, bewegliche Sachen ſollten in Einem Jahre, unbewegliche in zwey Jahren uſucapirt werden; man glaubte alſo die Verjährung der Dienſtbarkeiten ſey ſtillſchweigends verboten. II. In den mittlern Zeiten Roms, bis unter Auguſts Regierung hin, wurde die Uſucapion bey Dienſtbarkeiten verſtattet; (*1) wenigſtens bey ſeruitutibus ruſticis; dann in Anſehung der vrbanarum iſt die Sache zweifelhaft (*2). III. Zu des K. Tiberius Zeit wurde durch das Scriboniſche Geſetz das alte Recht wieder eingeführt, und die Uſucapion, die zweyjährige nemlich, der Servituten unterſagt. IV. Indeſſen verſprach der Prätor, einen im Beſitze zu ſchützen, welcher lange Zeit die Servitut nicht heimlich, nicht mit Gewalt und nicht bittweiſe ausgeübt habe. L. 10. pr. D. ſi ſeruitus vind. V. Juſtinian hat die *praeſcriptionem longi temporis* bey den Dienſtbarkeiten zugelaſſen. L. ult. cod. de praeſcript. long. temp. Auch die praeſcriptio longiſſimi temporis iſt dabey nicht ausgeſchloſſen.

Nach Juſtinianeiſchem Rechte verhält ſich alſo die Sache folgender Geſtalt. Wann ich eine Servitut durch Verjährung erlangen will: ſo habe ich ſie entweder durch einen **rechtmäßigen** Titel erworben, und *bona fide* ausgeübt; oder nicht. Im erſten Fall iſt die Servitut präſcribirt, binnen **zehen Jahren**, wann der Eigenthümer des dienſtbaren Guts gegenwärtig iſt, binnen **zwanzig Jahren**, wann er abweſend war. Man muß ſich den Fall denken, daß mir die Servitut ein *non dominus* beſtellt; oder deutlicher und genauer, **daß ein Menſch, der nicht dazu befugt war**, mir eine Dienſt-

barkeit beſtellt. Dann wann mir einer dergleichen giebt, welcher dazu berechtigt iſt, ſo acquirire ich die Servitut ſogleich, und es bedarf keiner Präſcription. Wir gehen zum zweyten Fall, wann ich die Servitut nicht durch rechtmäßigen Titel erhalten, oder nicht bona fide ausgeübt habe. Fehlt es am Titel, aber bona fides iſt doch vorhanden: ſo kann ich die Servitut durch die Präſcription von dreyſig Jahren erwerben. Fehlt aber bona fides; ſo iſt die Präſcription der Servitut unmöglich; dann ohne bonam fidem kann ich ſchlechterdings nichts durch Verjährung erwerben.

Allein giebt es dann nicht noch eine andere Präſcription der Servituten auſſer der vorhin beſchriebenen? Viele Rechtsgelehrten (* 3) behaupten dieß. Sie nennen dieſelbe *praeſcriptionem ſeruitutum extraordinariam*, und dagegen die vorhin beſchriebene *ordinariam*. Sie glauben nemlich, daß einer, der eine Servitut zehen Jahre lang gegen den Eigenthümer mit deſſen Vorwiſſen, und ohne deſſen Widerſpruch ausgeübt hat, wann es ihm auch am iuſto titulo und der bona fide fehle, die Servitut acquirirt habe. Dieſe Meynung ſoll ſich in der L. 10. pr. D. ſi ſeruitus vind. gründen, aber ſie läßt ſich daraus nicht beweiſen. Der Prätor verſpricht nach dieſem Geſetze zwar einen zu ſchützen, der zehen Jahre lang eine Servitut ruhig ausgeübt hat; aber daß er die Servitut dadurch erworben habe, wird nicht darin geſagt (* 4).

Der vierte Satz in unſerm Paragraph heiſt: wann mir jemand eine affirmative Servitut, durch einen Vertrag überläßt, ſo bekomme ich durch den Vertrag weiter nichts als ein ius ad rem; die wirkliche Servitut, das dingliche Recht, erlange ich erſt durch die Quaſitradition, das heiſt, der dominans muß die Servitut Einmal ohne Widerſpruch des ſeruientis ausüben. Anderſt verhält es ſich bey negativen Servituten. Dieſe laſſen ſich nicht quaſitradiren. Z. E. wann mir mein Nachbar verſpricht, in ſeine Wand keine Fenſter zu machen: ſo habe ich eine negative Dienſtbarkeit. Wie kann man aber dieſe quaſitradiren? Daher erfordern die Geſetze die Quaſitradition nur bey den affirmativen Dienſtbarkeiten.

5) Wann das dienſtbare Gut vom Eigenthümer des herrſchenden acquirirt wird, oder das herrſchende vom Eigenthümer des dienſtbaren; kurz wann die beyde Grundſtücke an einen Herrn kommen, oder wie die Juriſten ſagen, conſolidirt werden: ſo hört die Servitut auf.

(1) *Pufendorf* Tom. 3. obſ. 188. *Iani a Coſta* praelect. ad illuſtrior. tit. iur. ciu. p. 47. ſqq.

(2) *Otto* diſſ. de vſucap. ſeruitut. cap. 2. §. 3.

(3) *Vaſquius* in controuerſ. illuſt. lib. 2. cap. 65. *Vinn.* lib. 1. Qu. 31. *Struv.* Ex. 3. th. 38. *Berger* reſolut LL. obſt. Lib. 7. Tit. 1. Qu. 2. *Pufendorf* Tom. 1. Obſ. 32. *Weſtphal* tract. de libertate et ſeruitute praedior. pag. 571.

(4)

(4) *Hert* diſſ. de quaſi poſſid. probante ſect. 2. §. 3. *Leyſer* ſp. 110. med. 4. *Lauterb.* coll. th. pr. tit. de ſeruitut. th. 14. *Wernher* part. 3. obſ. 73. **Cramer** Wezl. Nebenſt. part. 14. pag. 40. *Hellfeld* iurispr. forenſ. §. 629. not. X.

§. 353. Folgen aus dem Satze, daß die Realſervituten nicht in faciendo beſtehen können.

Die reelle Servituten können nicht in faciendo beſtehen. Daraus folgt, der Eigenthümer des praedii ſeruientis iſt nicht ſchuldig, ſein Grundſtück in ſolchem Stande zu erhalten, daß der dominans die Servitut mit Bequemlichkeit ausüben könne. Z. E. wann ich das Recht habe, aus des Nachbars Brunnen Waſſer zu holen, ſo iſt er nicht ſchuldig, den Brunnen fegen zu laſſen, das Pumpenwerk im Stande zu erhalten, u. ſ. w. Dann ſobald er dazu verbunden wäre, ſo würde die Servitut in faciendo beſtehen. Aus dieſem Grunde iſt auch mein Nachbar nicht ſchuldig den Weg auszubeſſern, wann mir die ſeruitus viae über ſein Grundſtück zuſtehet (*1). Indeſſen behauptet Heisler (*2) das Gegentheil, daß nemlich der Herr des dienſtbaren Guts zu repariren ſchuldig ſey.

(1) *Berger* oecon. iur. lib. 2. tit. 3. th. 7. not. 4. Hommel rhapſod. obſ. 189. p. 178.

(2) In Schotts Wochenblatt 2. Band S. 618. u. f.

§. 354. Die Dienſtbarkeiten ſind nicht theilbar.

Die Servituten ſind untheilbar; man muß ſie einem ganz geben oder gar nicht. Daß man ſich einen Theil einer Servitut geben laſſe, gehet nicht an. Indeſſen iſt es gar wohl erlaubt, die Servitut auf Zeit, Ort, oder andere Art einzuſchränken. Ich kann einem z. E. die Weidgerechtigkeit, aber nur in gewiſſen Monaten, nur mit einer gewiſſen Anzahl Vieh geben, ich kann einem das Recht geben, drey, und nicht mehr, offene Fenſter nach meinem Hofe zu haben ꝛc.

§. 355. Welches ſind die ſeruitutes praediorum vrbanorum?

Die ſeruitutes praediorum vrbanorum ſind: ſeruitus oneris ferendi, tigni immittendi, (das Trammrecht,) proiiciendi, protegendi, ſtillicidii vel fluminis recipiendi, (Dachtrauftsrecht) vel non recipiendi, altius tollendi vel non tollendi, luminum et ne luminibus officiatur, (Fenſterrecht,) proſpectus et ne proſpectui officiatur, (das Recht der Ausſicht.) Man bemerke nur, wann dieſe Dienſtbarkeiten unter die urbanas gerechnet werden: ſo iſt dieß nicht ſo zu verſtehen, als ob ſie alle ſchlechterdings vrbanae ſeyn müßten. Nein, ſie werden hier nur vrbanae genennt, weil ſie es meiſtens ſind. Einige davon, die ſeruitus ſtillicidii non recipiendi, altius non tollendi und ne proſpectui officiatur, können auch ruſticae ſeyn. Wann nemlich ein

anderer

anderer das von ſeinem Dache fallende Regenwaſſer nicht auffangen, ſondern mir zum Beſten meines Gartens überlaſſen muß: ſo iſt ſeruitus ſtillicidii non recipiendi eine ruſtica. Wann der Nachbar nicht höher bauen darf, um meinem Garten Sonne und Luft nicht zu benehmen: ſo iſt ſeruitus altius non tollendi eine ruſtica. Wann er den Proſpect aus dem Garten nicht verderben darf: ſo iſt es eine ruſtica ſeruitus ne proſpectui officiatur vorhanden (* 1).

(1) *Berger* reſolut. LL. obſ. Lib. 8. Tit. 1.

§. 356. Von der ſeruitute oneris ferendi.

Die erſte ſeruitus vrbana iſt alſo *ſeruitus oneris ferendi.* Sie beſtehet in dem Recht, mein Gebäude auf einem Fundamente ruhen zu laſſen, das einem andern gehört; z. E. auf einer Säule, Wand, Mauer, einem Gebäude des andern. Strube (* 1) hat einen Fall, wo ein Nachbar ſeinen Keller unter des andern Haus hatte, wo alſo dem Haus die ſeruitus oneris ferendi auf dem Kellergewölbe zuſtand.

(1) Rechtl. Bed. 4. B. 158. Bed.

§. 357. Fortſetzung.

Bey dieſer Servitut entſtehet zuweilen die Frage, wer das Fundament im Fall, daß es ſchadhaft wird, zu repariren ſchuldig ſey? Man mache einen Unterſchied: entweder iſt darüber etwas ausgemacht, oder nicht. Im erſten Falle bleibt es bey dem Vertrage; im letzten aber iſt die Sache ſehr ſtreitig. Faſt alle Juriſten (* 1) behaupten, der Herr des dienſtbaren Gutes müſſe repariren, und ſagen daher die ſeruitus oneris ferendi ſey anomala, unregelmäßig, weil ſie in faciendo beſtehe. Aber richtiger iſt, daß keiner, weder der Herr des dienſtbaren, noch des herrſchenden Gutes dem andern zu der Reparatur verbunden iſt; keiner den andern dazu zwingen kann. Will indeſſen der Eigenthümer des Gebäudes es nicht einfallen laſſen, ſo muß er es freylich ſeines eigenen Vortheils wegen repariren (* 2).

(1) *Manz* tract. de ſeruitutibus Tit. 2. Quaeſt. 6. num. 4. in bibl. aurea Tom. 1. p. 227. *Müller* ad *Struv.* Ex. 13. theſ. 9. tit. β *Stryck* in vſu mod. tit. de ſeruit. praed. ruſt. §. 2. *Cocceji* in iure controv. tit de ſeruitut. Quaeſt. 11. *Voetius* ad pand. tit. de ſeruitut. praed. vrb. §. 1. *Lauterb.* coll. theor. pr. eod. tit. §. 2. Koch de iure viciniae cap. 3. §. 5. ibique *Beck* pag 533.

(2) Strube am a. O. *Walch* controv. iur. civ. ſect. 2. cap. 3. §. 19. pag. 140. *Hellfeld* ad pand. tit. de ſerv. praed. vrb. §. 667.

§. 358. Von der ſeruitute tigni immittendi.

Die ſeruitus tigni immittendi, das Trammrecht, iſt das Recht einen hervorragenden Theil meines Gebäudes, einen Balken, Stein, eine eiſerne

Klammer

Klammer u. d. g. in des Nachbars Wand zu ſchieben. Ohne eine Servitut bin ich nicht befugt, irgend etwas von meinem Gebäude in des Nachbars Wand zu ſchieben, und wann ich es de facto thue: ſo kann es der Nachbar eigenmächtig herausſchlagen. Was iſt aber Rechtens, wann ich das Trammrecht erhalten habe, und die Balken abfaulen, bin ich alsdann befugt neue einzulegen? Nach dem Naturrecht ohne Zweifel. Hingegen L. 14. D. ſi ſeruit. vind. ſcheint es zu verbieten, und die alten Ausleger nennen daher dieß Geſetz textum mirabilem. Aber man muß es von dem Fall erklären, wann ich mehr Balken einlegen will, als ich bisher in der Wand liegen hatte, und als ich einzulegen befugt bin (* [1]).

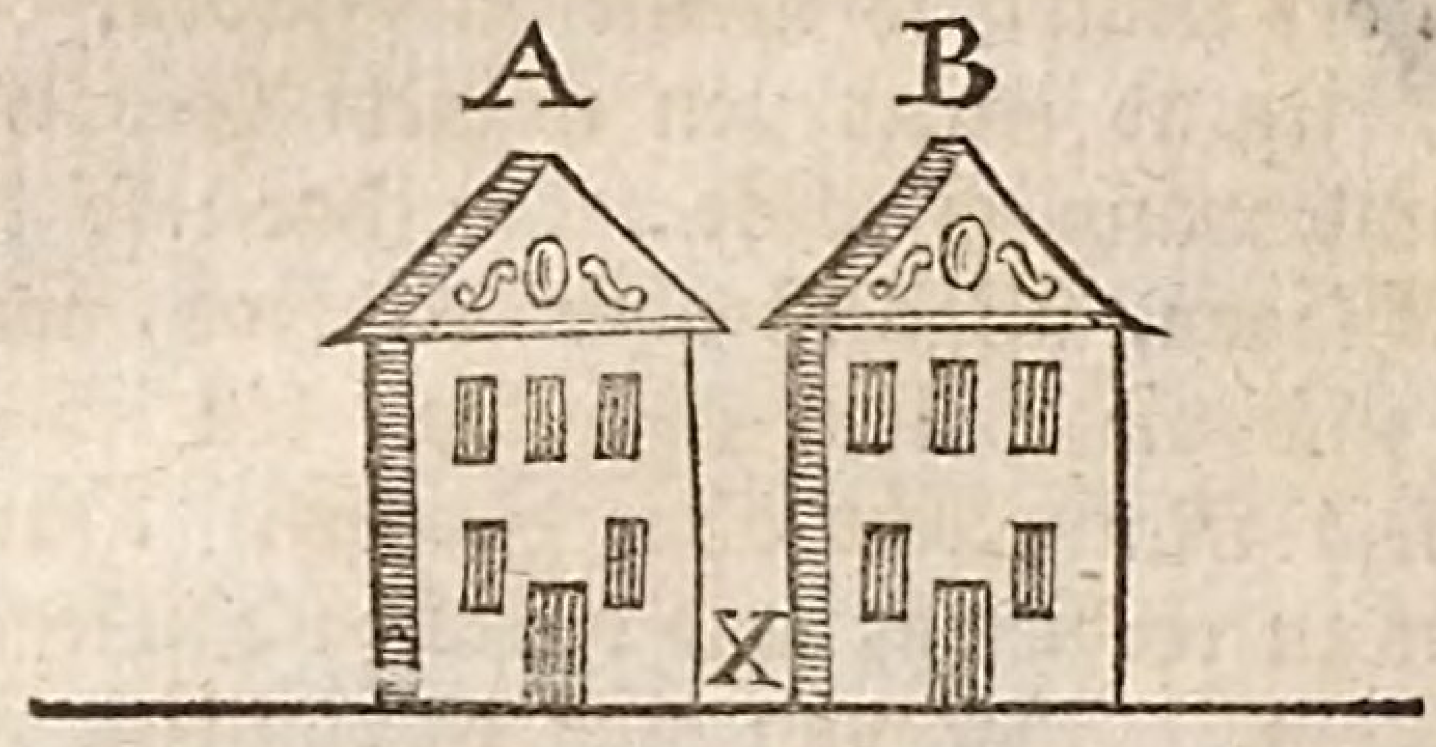
(1) *Anton. Faber* in rational. ad L. 14. cit. *Voet.* ad pand. tit. de ſeruitut. praed. vrb. num. 2.

§. 359. Von der ſeruitute proiiciendi und protegendi.

Servitus proiiciendi beſteht in dem Recht einen Theil meines Gebäudes über des andern Grundſtück in ſeine Luft ragen zu laſſen, doch ſo, daß es nicht auf dem Grundſtücke ruhet, z. E. alſo das Recht einen Erker über des Nachbars Garten anzulegen. Die Luft, welche über meinem Grundſtücke ruhet, iſt mein, und niemand darf ohne meine Erlaubniß hinein bauen. (§. 272.) Gebe ich einem dieſe Erlaubniß, ſo heiſt es ſeruitus proiiciendi. Die ſeruitus protegendi beſteht in dem Recht, ein Wetterdach (protectum) über des andern Grundſtück an meine Wand zu machen. Dann auch dieſes darf ich ohne Servitut nicht machen, weil es in des andern Luft iſt.

§. 360. Von der ſeruitute ſtillicidii.

Stillicidium heiſt das Regenwaſſer, welches tropfenweiſe vom Dache fällt, kurz die Dachtraufe, flumen, das Regenwaſſer, das in Canäle geſammelt, ſich herunterſtürzt. Wann der Nachbar leiden muß, daß meine Dachtraufe auf ſein Grundſtück fällt, ſo iſt es ſeruitus ſtillicidii recipiendi; und wann ich das Waſſer durch Canäle auf ſeinen Grund leiten darf, ſo iſt es ſeruitus fluminis recipiendi. Die ſeruitus ſtillicidii und fluminis non recipiendi können auf zweyerley Art vorkommen: 1) wann ich mein Regenwaſſer nicht an einen Ort fallen laſſen darf, wo es nach den gemeinen Rechten hinfallen dürfte, z. E. nicht in den Zwiſchenraum X meines Hauſes A, und des benachbarten Hauſes B.



2) Wann ich das Regenwaſſer, welches auf mein Dach fällt, nicht auffangen, ſondern dem Nachbar zu ſeinem Nutzen überlaſſen muß. In dieſer letzten Form kann ſie an ſolchen Orten, wo das Quellwaſſer rar iſt, und man ſich des Regenwaſſers zum oeconomiſchem Gebrauch bedient, nützlich ſeyn.

§ 361. Von der ſeruitute altius tollendi und non tollendi.

Die ſeruitus altius non tollendi beſtehet ohne Zweifel in dem Recht, meinem Nachbar das höher bauen ſeines Hauſes zu wehren. Nach der natürlichen Freyheit kann jeder ſo hoch bauen, als er will. Mir kann aber wegen des Windes, wegen der Sonne und wegen anderer Urſachen viel daran gelegen ſeyn, daß mein Nachbar ſein Haus nicht höher bauet, als es jetzt iſt. Laſſe ich mir alſo von ihm verſprechen, daß er nicht höher bauen wolle: ſo habe ich ſeruitutem altius non tollendi. Was aber ſeruitus altius tollendi geweſen ſey, iſt ſchwer zu ſagen und ſehr controvers. Selchov hat die verſchiedene Meynungen geſammlet (* 1). Die richtigſte Erklärung iſt folgende: bey den Römern hatte man Geſetze, welche den Häuſern eine gewiſſe Höhe vorſchrieben. Nemlich L. 12. Cod. de aedif. priuat. ſagt, wer ſein altes Haus renovirt: ſoll die vorige Höhe (veterem formam) beybehalten; wer ein neues baut, ſoll dem Nachbarn weder Licht noch Proſpect nehmen, ausgenommen a) wann er zwiſchen dem neuen Gebäude, und des Nachbars Hauſe 12 Schuhe Raum läßt; oder b) der Nachbar ihm durch einen Vertrag das Bauen erlaubt. Erhielt ich alſo die Erlaubniß von dem Nachbar, mein Haus höher zu bauen, als es vorher geweſen war: ſo hatte ich ſeruitutem altius tollendi (* 2). Heutigestags wird dieſe Servitut ſchwerlich vorkommen; dann die römiſche Baugeſetze ſind bey uns nicht angenommen (* 3), und obgleich in manchen deutſchen Policeyordnungen auch den Häuſern eine gewiſſe Höhe vorgeſchrieben iſt: ſo ſind doch die Nachbarn nicht befugt, dagegen zu diſpenſiren.

(1) Diſſ. de ſeruitute altius tollendi romana eiusque ad Germaniam habitu, in electis iur. ciu. num. 1. Man ſehe auch des Freyherrn von Senkenberg meditationes iurid. hiſtor. medit. 1. wo die Meynung der Gloſſe, Pagenſtechers und Sammets (in opuſc. pag. 62.) vertheidigt wird, vermöge

deren

deren ſeruitus altius tollendi das Recht iſt, ein Stockwerk auf meines Nachbars Haus zu ſetzen. Allein §. 2. I. de act. verglichen mit des Theophilus Paraphraſe, ſtehen dieſer Meynung entgegen.

(2) *Leyſer* ſp. 462. m. 15.

(3) *Struv.* de aedific. priuat. §. 47. *Leucht* de iure feneſtrarum cap. 2. §. 9.

§. 362. Von der ſeruitute luminum und ne luminibus officiatur.

Ein jeder kann in ſeine eigene Wand nach dem römiſchen Recht ſo viele Fenſter machen als er will (*[1]). Dieß geben auch alle Juriſten, auſſer Cuiacius und Duarenus (*[2]) zu. Aber der Nachbar darf auch dieſe Fenſter nach Belieben verbauen (*[3]), wiewohl einige Rechtsgelehrte die Ausnahme machen: wann er aus bloſem Neide, mir zum Trotz ein Gebäude aufführen wolle, das ihm gar nicht nützlich wäre (*[4]). Will ich alſo Fenſter haben, die mir mein Nachbar nicht verbauen darf: ſo muß ich mir eine Servitut geben laſſen. Wie iſt aber ſeruitus luminum und ne luminibus officiatur verſchieden? Einige ſagen, wann ich in eine eigene Wand Fenſter machen will: ſo muß ich mir ſeruitutem ne luminibus officiatur geben laſſen; will ich aber in eines andern oder in einer gemeinſchaftlichen Wand Fenſter anlegen: ſo habe ich ſeruitutem luminum nöthig. Andere ſagen, wer ſchon Fenſter in der Wand hat, der läßt ſich ſeruitutem ne luminibus officiatur geben; wer aber dergleichen erſt machen will, ſucht ſeruitutem luminum zu erhalten. Noch andere glauben, ſeruitus luminum gebe nur ein Recht auf das nothdürftige Licht; wer aber ſeruitutem ne luminibus officiatur hätte, der könnte verlangen, daß ihm der Nachbar auch nicht das mindeſte von ſeinem Licht benehme. Auf die ganze Sache kommt wenig an. Uebrigens iſt es an vielen Orten in Deutſchland nicht erlaubt, daß ich in meine eigne Wand Fenſter mache, durch welche man in des Nachbars Hof oder Garten ſehen kann (*[5]).

(1) Arg. L. 8. §. 5. D. ſi ſerv. vind. iunct. L. 2. pr. & §. 19. D. ne quid in loc. publ. & L. 1. ne quid id loc. ſacr. *Donell.* lib. 11. commentar. cap. 5. *Mev.* ad ius Lub. part. 3. tit. 12. art. 13. num. 8. *Struv.* de aedif. priuat. §. 31. *Puſendorf* tom. 1. obſ. 196. Cramer Nebenſt. part. 35. n. 12. *Koch* de iure vicin. p. 209. *Leucht* de iure feneſtrar. cap. 2. §. 8. *Walch* controuerſ. p. 144.

(2) *Cuiac.* lib. 1. obſ. cap. 31. *Duarenus* in diſp. anniuerſar. lib. 1. cap. 33.

(3) *Thomaſii* diſſ. non ens actionis forenſis contra aedificantem ex aemulatione, in collect. diſſ. Vol. 2. n. 61. *Leyſer* ſp. 107. med. 3.

(4) *Stryck* vſ. mod. tit. de ſerv. pr. vrb. §. ult. *Koch* de iure vicin. p. 446. & p. 476. *Cramer* opuſc. tom. 2. p. 207. ſqq.

(5) *Puſendorf* tom. 1. obſ. 196. & animaduerſ. 33.

§. 363. Von der ſeruitute proſpectus und ne proſpectui officiatur.

Zuweilen iſt mir nicht blos daran gelegen Licht, ſondern auch freye Ausſicht zu haben, und dieſe kann mir benommen werden, ohne daß ich das geringſte vom Licht verliehre. In dieſem Fall muß ich ſeruitutem proſpectus oder ne proſpectui officiatur von den Nachbarn zu erhalten ſuchen. Auch der wahre Unterſchied dieſer beyden Servituten iſt nicht bekannt. Donellus und Noodt (*[1]) glauben, ſie ſeyen ganz einerley. Hunnius (*[2]) ſagt, ſeruitutem proſpectus läßt ſich derjenige geben, welcher Fenſter machen will, ne proſpectui officiatur aber, wer ſie ſchon gemacht hat. Gemeiniglich glaubt man, ſie ſeyen dem Grade nach verſchieden, das heiſt, einer der ſeruitutem proſpectus habe, könne nur verlangen, daß man ihm nicht alle Ausſicht verbaue. Wer aber ſeruitutem ne proſpectui officiatur erhalten habe, der könne dem Nachbar alles wehren, was den Proſpect nur im mindeſten verdirbt (*[3]).

(1) *Donell.* Commentar. iur. civ. lib. II. cap. 5. *Noodt* ad Pand. tit. de S. P. V.
(2) *Hunn.* in reſolut. pag. 307.
(3) *Pufendorf* animaduerſ. l. c.

§. 364. Von den ſeruitutibus praediorum ruſticorum; und zwar itineris, actus, viae.

Die ſeruitutes praediorum ruſticorum ſind iter, der Fußweg; actus, Viehtrieb; via, der Fahrweg; aquaeductus, die Waſſerleitungs-Gerechtigkeit; aquaehauſtus; pecoris ad aquam adpulſus, die Viehtränke; ius paſcendi, das Weidgangsrecht; ius calcis coquendae; arenae fodiendae; cretae eximendae, &c. Ich muß aber hierbey die Bemerkung widerholen, die ich ſchon bey dem §. 355. von den ſeruitutibus urbanis gemacht habe. Die hier genannte Servituten nemlich ſind nicht nothwendig ruſticae. Die meiſte können auch urbanae ſeyn, wann ſie nemlich zum Nutzen eines Gebäudes beſtellt werden. Z. E. wann ich, um bequemer zu meinem Hauſe zu kommen, mir das Recht geben laſſe, durch des Nachbars Hof zu gehen, oder zu fahren: ſo iſt die ſeruitus itineris oder viae eine urbana.

Einige dieſer Servituten verdienen noch eine beſondere Betrachtung, *ſeruitus itineris* nemlich iſt das Recht über ein fremdes Grundſtück zu Fuß zu gehen; *ſeruitus viae*, das Recht darüber zu fahren. Was iſt aber *actus?* L. 1. D. de ſeruit. praed. ruſt. ſagt: eſt ius agendi iumentum, vel *vehiculum.* Dieſem Geſetz nach iſt es ſehr zweifelhaft, wie via und actus unterſchieden ſind. Dann wann actus das Recht zu fahren begreift, und via auch das Recht zu fahren iſt: ſo ſcheinen beyde Servituten einerley zu ſeyn. Bynkershoek (*[1]) glaubt, via ſey acht Schuhe, actus nur vier breit geweſen,

geweſen, und habe nur das Recht enthalten, mit einem Schubkarren zu fahren. Allein es iſt falſch, daß actus nur vier Schuhe hielt; die Breite variirte. L. 13. §. 2. de S. P. V. Und L. 7. eod. ſagt, wer actum habe, könne *cum plauſtro* fahren. Ritter (*[2]) ſagt, via war acht, actus vier Schuh breit; via gab das Recht, mit einem groſſen, actus aber nur mit einem kleinen Wagen zu fahren. Auch dieſe Meynung läßt ſich nicht vertheidigen; dann, wie geſagt, die Vorausſetzung, actus ſey nur vier Schuh breit geweſen, iſt falſch. Herr P. Schott (*[3]) glaubt, via habe nothwendig drey Stücke begriffen, das Recht zu fahren, Vieh zu treiben und zu gehen; actus habe auch dieſe Rechte in ſich gefaßt, aber nicht nothwendig; man habe durch Verträge das Recht zu fahren und zu gehen davon abſondern können. Auch dieſe Meynung ſcheint mir unrichtig, aus folgenden Gründen: a) Es iſt nicht erwieſen, daß via nothwendig jene drey Rechte in ſich begriffen habe, und b) wäre es doch eine gar ſonderbare Grille, wann man zwey Rechte A und B dadurch und deßwegen unterſcheiden wollte, weil A die Stücke X Y und Z nothwendig enthalte; B zwar auch dieſe Stücke in ſich faſſe, aber nicht nothwendig. c) Geſetzt, jemand giebt mir das Recht zu fahren, Vieh zu treiben, und zu gehen. Nach der Schottiſchen Meynung kann niemand ſagen, ob er mir viam oder actum ertheilt habe. Ich glaube daher, der wahre Unterſchied zwiſchen via und actus ſey folgender geweſen: via war das Recht einen Weg, wenigſtens acht Schuh breit auf einem fremden Grundſtücke zu haben, und zwar in der Abſicht um darüber zu fahren. Indeſſen konnte man auch Vieh darüber treiben und gehen, wann es nicht durch Verträge unterſagt war. Actus war das Recht, einen Weg auf einem fremden Grundſtück zu haben, zu dem Endzweck, Vieh daher zu treiben. Dieſer konnte 4. 5. 6. 7. Schuh, vielleicht auch noch breiter ſeyn, und man konnte auch darüber fahren, in ſofern durch Verträge nicht ein anders bedungen war.

(1) Obſerv. lib. 4. cap. 7.
(2) Diſſ. de itineris actus & viae differentia, adiect. Theoph. *Reiz.* Excurſ. XIX.
(3) Diſſ. de vero actus et viae diſcrimine in opuſc. iurid. p. 231. ſqq.

§. 365. Fortſetzung.

Wer ein Recht auf das mehrere hat, der iſt auch der Regel nach zu dem mindern befugt. Daraus folgt 1) einer, der das Recht zu fahren hat, darf auch Vieh treiben, und zu Fuß gehen, und zwar nicht etwa blos das Vieh treiben, welches er vorgeſpannt hat, ſondern auch anderes; er darf nicht etwa blos neben dem Fuhrwerk hergehen, ſondern auch allein. 2) Wer das Recht Vieh zu treiben hat, der iſt auch berechtigt, zu Fuße über den Weg zu gehen, und zwar auch alsdann, wann er ohne Vieh gehen will. Auſſer

Zweifel iſt dieſer Satz zwar nicht, aber doch den Geſetzen gemäß (* 1). Indeſſen kann durch Verträge ein anderes feſtgeſetzt werden. Ich kann einem das Recht zu fahren geben, und mir dabey ausbehalten, daß er auſſer dem Falle, wo er fährt, kein Vieh über den Weg treibe, auch nicht zu Fuſſe darüber gehe. Gleichergeſtalt kann ich einem den Viehtrieb verſtatten, und ausbedingen, daß er, wann er kein Vieh treibt, nicht über den Weg gehen ſolle.

(1) Man ſ. prooem. I. h. t. *Donellus* lib. 11. commentar. cap. 6. *Cuiac.* obſ. lib. 2. cap. 35. *Hunnius* in reſolut. lib. 2. tract. 2. Quaeſt. 3. Anderer Meynung iſt A. *Faber* in coniectur. lib. 1. cap. ult.

§. 366. Fortſetzung.

Die Waſſerleitungsgerechtigkeit iſt das Recht, Waſſer in Canälen oder Röhren durch das Grundſtück eines andern zu führen; *ſeruitus aquae hauſtus*, das Recht, aus der Quelle, dem Brunnen, dem Teich eines andern Waſſer zu nehmen; *ius pecoris ad aquam adpulſus* die Befugniß, mein Vieh an den Brunnen, Teich, Bach, des andern zur Tränke zu treiben; *ius paſcendi* das Recht, mein Vieh auf die Weide eines andern zu führen. Von dieſer Servitut iſt das *ius compaſcendi*, und das *ius compaſcui* verſchieden. Wann nemlich ein anderer das Recht hat, auf meinem Grundſtücke zu weiden: ſo bin ich vermöge des Eigenthumsrechts befugt, mein Vieh mit dahin zu treiben, und dieß heiſt ius compaſcendi. Wann ich einem das Recht gebe, auf meinem, und er mir wechſelsweiſe das Recht giebt, auf ſeinem Boden Vieh zu weiden: ſo iſt ein compaſcuum. **Koppelhute** vorhanden. Das *ius calcis coquendae* iſt das Recht Kalch auf des andern Grundſtücke zu brennen; *ius arenae fodiendae* das Recht, Sand aus des andern Grube zu nehmen; *cretae eximendae* die Befugniß, Kreide oder andere weiſſe Erde, (welche die Römer zum Färben und Walken ihrer weiſſen Kleider häufig brauchten), aus einem fremden Boden zu graben; *ius pedamenta ſumendi* das Recht Stützen, Rebpfähle, Hopfenſtangen, Bohnenſtangen u. d. g. aus eines andern Walde zu nehmen.

§. 367. Fortſetzung.

Der Nutzen, den ein Grundſtück und deſſen Beſitzer aus einem andern Grundſtücke ziehen können, iſt ſo mannigfaltig, daß ſich nicht alle Dienſtbarkeiten ſpecificiren laſſen. Indeſſen will ich noch einige anführen, deren bey unſerm A. keine Meldung geſchieht. Dergleichen iſt die Jagdgerechtigkeit, das Beholzigungsrecht, der Lerchenſtrich, die Maſtgerechtigkeit, (ius glandemiarum) das Recht in des andern Kelter zu keltern, auf des andern Tenne zu dreſchen, in des andern Waſſer zu fiſchen u. ſ. w.

§. 368.

§. 368. Von Erlöſchung der Dienſtbarkeiten.

Die Dienſtbarkeiten können auf mancherley Art zu Grunde gehen: 1) durch die **Conſolidation**; wenn beyde Güter, das herrſchende und dienſtbare, an Einen Herrn kommen; z. E. der Herr des dienſtbaren Gutes kauft das herrſchende Gut an ſich. 2) Durch die **Remiſſion**; wann a) der Eigenthümer des herrſchenden Gutes durch einen ausdrücklichen Vertrag dem dienſtbaren Gute die Servitut erläßt; oder b) durch Handlungen auf dieſelbe renunciiret. Wann nemlich der Eigenthümer des dienſtbaren Gutes etwas unternimmt; wodurch die Ausübung der Servitut unmöglich gemacht wird, und ich dazu ſtille ſchweige: ſo iſt die Servitut verlohren (* [1]); z. E. wann ich das Recht habe, über des andern Garten zu fahren, er ihn mit Paliſaden umgiebt, und kein Fahrthor macht; oder wann ich das Recht habe, aus des andern Brunnen Waſſer zu holen, und er den Brunnen verſchließt. In beyden Fällen iſt meine Servitut, wofern ich nicht widerſpreche, oder, wie die Juriſten ſagen, nouum opus nunciire, erloſchen; doch kann ich auf eine Schadenserſetzung (intereſſe) klagen (* [2]). 3) Kann eine Servitut durch den **Nichtgebrauch** verlohren werden; wann ich nemlich gegenwärtig war, und ſie innerhalb **zehen Jahren**, **abweſend** aber innerhalb **zwanzig Jahren** nicht ausgeübt habe. Allein iſt dann der bloſe Nichtgebrauch hinlänglich; wird nicht noch auſſerdem uſucapio libertatis erfordert; das heiſt, iſt erforderlich, daß der Herr des dienſtbaren Gutes ein factum ſeruituti contrarium unternommen, und der Eigenthümer des herrſchenden Gutes ſich dabey beruhigt habe? Die meiſte Juriſten behaupten, man müſſe einen Unterſchied zwiſchen ſeruitutibus praediorum urbanorum et ruſticorum machen. Die letztere ſeyen durch den bloſen Nichtbrauch verlohren gegangen, die erſtere nicht. Thomaſius (* [3]) hat dieſe Diſtinction beſtritten; dann es läßt ſich kein befriedigender Grund angeben, warum die ſeruitutes urbanae in dieſem Stück ein anderes Recht haben ſollen, als die ruſticae. Er behauptet daher, man müſſe vielmehr zwiſchen ſeruitutibus *ſimplicibus* und *qualificatis* diſtinguiren. Seruitus qualificata ſey die, welche zu ihrer Ausübung ein *opus manufactum* erfordere, ſimplex, zu der ein ſolches Werk nicht nöthig ſey. Z. E. ſeruitus tigni immitendi ſey qualificata, dann man müſſe Löcher in die Wand machen, um ſeine Balken hinein zu legen; ſeruitus viae aber ſimplex, weil man ſie ohne opus manufactum exerciren könne. Die ſeruitutes ſimplices giengen durch den bloſen Nichtbrauch verlohren, die qualificatae aber nicht eher, als bis das opus manufactum deſtruirt werde. Dieſe Meynung iſt allerdings vernunftmäſſiger als die gemeine, und wird auch von Otto und Selchov vertheidigt (* [4]). Ich will mich auf die Unterſuchung dieſes Streites nicht einlaſſen; dann nach dem neuen römiſchen Recht gehet keine Servitut, ſie

mag

mag nun urbana oder ruſtica, ſimplex oder qualificata ſeyn, durch den bloſen Nichtgebrauch verlohren, es wird in allen Fällen noch auſſer dem uſucapio libertatis erfordert; das heiſt der ſeruiens muß durch ein poſitives factum zu erkennen geben, daß er ſein Gut in Zukunft als frey beſitzen wolle (* 5). Ganz deutlich ſind die angeführten Geſetze, L. 16. Cod. de uſufr. et L. 13. Cod. de ſeruit. et aqua freylich nicht. 4) Wann eines von den liegenden Gütern, das herrſchende oder dienſtbare, zu Grunde gehet: ſo höret auch die Dienſtbarkeit auf; z. E. wann das Haus, dem das Fenſterrecht zuſtehet, abbrennt, ſo hat die Servitut ein Ende; wann die Wieſe, über welche ich das Recht des Fahrwegs hatte, vom Waſſer weggeſpület wird, ſo muß, wie ſich von ſelbſt verſtehet, auch mein Recht aufhören. Werden aber die Güter wieder hergeſtellt, z. E. das abgebrannte Haus wieder aufgebauet: ſo lebt auch die Servitut wieder auf; das heiſt, in dem neuen Hauſe können auch wieder Fenſter gemacht werden, die der Nachbar nicht verbauen darf.

(1) *Leyſer* ſpec. 110. med. 9.
(2) *Voet* ad pand. tit. quemadm. ſeruit. amitt. §. 5.
(3) In diſſ. de ſeruitute ſtillicidii §. 23. ſeqq.
(4) *Otto* de uſucap. ſeruit. cap. 1. §. 12. *Selchov* de ſeruit. alt. toll. cap. 2. §. 39.
(5) *Puſendorf* l. c. *Ramdohr* diſſ. de toto iure per partialem uſum ſeruato §. 22. *Rave* principia doctrinae de praeſcriptione §. 109. p. 231. edit. noviſſ. Anderer Meynung iſt *Selchov* in diſſ. de ſeruit. alt. toll. cap. 2. §. 40. und *Wahl* in meletem. de ſeruitutibus pag. 24. Sie behaupteten, Juſtinian habe das alte Recht nicht aufgehoben; die ſeruitutes ſimplices giengen alſo auch nach dem Juſtinianeiſchen Recht durch den bloſen Nichtgebrauch verlohren.

TIT. IV.

De uſufructu.

§. 369. Von den perſönlichen Dienſtbarkeiten.

Wir haben die vorzüglichſten Dienſtbarkeiten kennen gelernt, welche real und perſonal ſeyn können, nachdem es dem Eigenthümer gefällt, ſie zu conſtituiren; und gehen nun zu denjenigen, die ſchlechterdings nicht anderſt, als perſonal ſeyn können. Man bemerke von ihnen folgende Sätze: 1) ſie ſetzen nur Eine Sache voraus, rem ſeruientem; anſtatt daß die Realdienſtbarkeiten

dienſtbarkeiten zwey Sachen erfordern, (§. 349.) praedium dominans und ſeruiens. 2) Sie ſind ein dingliches Recht, (ius in re) ſo gut, als die Realſervituten, und man muß ſich durch den Namen Perſonaldienſtbarkeiten nicht verleiten laſſen zu glauben, als ob ſie ein bloſes ius ad rem gäben. Indeſſen 3) ſind ſie doch auf die Perſon deſſen, dem ſie zuſtehen, eingeſchränkt. Sie gehen nicht auf ſeinen Erben, er kann ſie nicht verkaufen, verſchenken, u. ſ. w. Noch weniger können alle Beſitzer eines gewiſſen Grundſtückes darauf Anſpruch machen. Die erſte dieſer Servituten iſt *uſusfructus*, **der Niesbrauch**.

§. 370. Was heiſt uti, abuti, uſus plenus und minus plenus?

Um die Definition deſſelben zu verſtehen, müſſen wir zuvor einige andere Begriffe überlegen. Was heiſt *uti*, *abuti*, *uſus plenus* und *minus plenus?* Uti re heiſt in allgemeiner Bedeutung ſo viel, als den Nutzen von einer Sache ziehen, ohne die Subſtanz anzugreifen: re abuti aber die Subſtanz einer Sache verderben, deſtruiren, aufzehren. Es iſt alſo uſus, wann jemand in einem Hauſe wohnet, mit einem Wagen fährt, auf einem Pferde reitet; abuſus, wann man das Haus niederreißt, den Wagen zerſchlägt, das Pferd todjagt, das Brod iſſet, den Wein trinket u. ſ. w. Alſo *abuti* und **mißbrauchen** ſind keine ſynonymiſche Ausdrücke. Der uſus iſt entweder *plenus* oder *minus plenus*. Wann ich alle Nutzungen von einer Sache ziehe, die nur immer davon zu ziehen ſind, nicht nur meinen Unterhalt davon nehme, ſondern auch was ich zu meiner Bequemlichkeit und zu meinem Vergnügen brauche: ſo habe ich uſum plenum, den vollen Gebrauch. Wann ich aber nur ſo viel von dem Abnutzen der Sache erhalte, als ich zur Nothdurft brauche: ſo heiſt es uſus minus plenus. Jener heiſt auch uſusfructus; dieſer uſus im eigentlichen Verſtande.

§. 371. Definition des Niesbrauches, und Folgen daraus.

Der *uſusfructus* oder **Niesbrauch** iſt alſo eine perſönliche Dienſtbarkeit auf der körperlichen Sache eines andern, vermöge deren ich den vollen Gebrauch dieſer Sache habe, doch ohne die Subſtanz zu verderben. Alſo er iſt 1) eine perſönliche Dienſtbarkeit; er ſtehet einem Menſchen nur für ſeine Perſon zu, ſo lang er lebt. Sobald dieſer Menſch ſtirbt, hört auch der Niesbrauch auf. **Allen Beſitzern** des Grundſtückes A den Niesbrauch des Gutes B zu geben, gehet gar nicht an; dann wann die Beſitzer des Gutes A den Niesbrauch von dem Gute *B* haben: ſo muß doch noch jemand anders da ſeyn, dem die Proprietät von B zuſtehe. Wozu ſollte aber dieſem eine Proprietät dienen, die nie mit dem Niesbrauche wieder vereiniget werden kann? 2) Er iſt ein **Recht** auf einer **fremden** Sache. Der Eigenthümer hat auch

das Recht, die Nutzungen von ſeiner Sache zu ziehen, und einige nennen dieſes Recht den *uſumfructum cauſalem* oder *coniunctum*. Aber von dieſem iſt nicht die Rede, ſondern vom Niesbrauche einer fremden Sache, vom eigentlichen Niesbrauche, vom *uſufructu formali* oder *ſeparato*. (* [1]) Der Niesbrauch iſt 3) ein Recht auf einer körperlichen Sache. Unkörperliche Sachen ſind kein Gegenſtand deſſelben. Daher ſagt L. 1. D. de uſufr. man könne niemanden uſumfructum itineris, actus, viae, aquaeductus vermachen, und die alte Juriſten haben ſehr gezweifelt, ob ſich ein uſusfructus nominis, der Niesbrauch einer Schuldforderung denken laſſe (* [2]). Doch wurde er zuletzt zugelaſſen (* [3]). In Deutſchland weiß man von dieſer Subtilität nichts; ich kann einem alſo den Niesbrauch einer Gerechtigkeit z. E. meines Zehendrechtes, meiner Gerichtsbarkeit u. ſ. w. geben. Der Niesbrauch giebt 4) nur ein Recht, die Sache der Subſtanz unbeſchadet zu gebrauchen; alſo kein Recht die Sache zu verderben, zu deſtruiren, zu verzehren. Man bemerke, daß die Sache ſelbſt, im Gegenſatz der Nutzungen, die Subſtanz heiſe. 5) Wo ein Niesbrauch iſt, da ſind zwey Perſonen, einer, welchem der Niesbrauch zuſtehet, und dieſer heiſt *uſufructuarius*; der andere, welcher nichts als die bloſe Proprietät hat, Eigenthum ohne Nutzniesſung, aber die Hoffnung, dereinſt nach dem Tode des uſufructuarii die Nutzniesſung zu erhalten, dieß iſt der *proprietarius*.

(1) *Galvanus* de uſufr. cap. 2.
(2) *C. F. Walch* progr. controuerſiam de uſufructu nominis inter veteres ICtos agitatam exponens. Ien. 1758.
(3) L. 3. D. de uſufr. ear. rer.

§. 372. Welche Nutzungen zieht der Uſufructuar.

Der uſufructuarius hat den vollen Genuß der Sache. Er ziehet alſo 1) alle Früchte, ſowohl naturales als ciuiles fructus, (§. 329.) er mag ſie zu ſeinem nöthigen Unterhalt, oder zu ſeiner Bequemlichkeit, und ſeinem Vergnügen anwenden. Indeſſen kann er doch 2) nur die ordentliche Nutzungen, die eigentliche und wahre Früchte verlangen, nicht die auſſerordentliche und zufällige acceſſoria. Daraus folgt, daß wann ſich ein Schatz auf dem fundo uſufructuario findet, dieſer nicht dem Uſufructuar, ſondern dem Proprietar gehöre; dann Schätze ſind keine fructus. Wird ein Sklave, von dem ich uſumfructum habe, zum Erben eingeſetzt: ſo gehört die Erbſchaft gleichfalls dem Proprietar. Eben ſo wenig kann einer, welcher den Niesbrauch einer Sklavin hat, das Kind ſich zueignen, das die Sklavin gebiehrt: dann es iſt kein *fructus*. Allein warum nicht? Die Anmerkung ſagt: über die wahre Urſache iſt man nicht einig. Im §. 37. de rer. diuiſ.

heiſt

heiſt es, ein Menſch könne nicht als ein fructus angeſehen werden, weil die Natur alle Früchte um des Menſchen willen hervor gebracht habe. Aber das iſt offenbar nichts, als eine Spitzfindigkeit. Auf dieſe Weiſe könnte auch kein Menſch im Eigenthum eines andern ſeyn. Ulpian giebt in der angeführten L. 27. eine andere an. Er ſagt, man kauft die Sklavinnen nicht zum Kindergebähren, ſondern zur Arbeit. Dieſer Grund hält aber auch nicht Stich. Dann manche Thiere kauft man auch nicht zu dem Ende, um Junge von ihnen zu ziehen, und doch ſind die Junge ein fructus. Auch iſt nicht einzuſehen, warum man nicht Sklavinnen zu dem Ende kaufen könnte, um Kinder von ihnen zu erhalten. Andere Urſachen, die man anführt, will ich übergehen (*[1]). Die beſte giebt wohl Bynkershoek am a. O. an. Er ſagt, was ein fructus ſeyn ſoll, das muß man verzehren und deſtruiren können. Dieß geht aber bey dem Sklavenkinde nicht an; daher kann man es auch nicht als fructum anſehen. 3) Der Uſufructuar kann die Sache, worauf ihm der Niesbrauch zuſtehet, verpachten; er kann die Früchte verkaufen; er kann die ganze Ausübung der Nutznieſſung einem andern überlaſſen; aber ſein Recht kann er nicht cediren. Wann mir nemlich der Niesbrauch zuſteht: ſo kann ich ihn nicht dergeſtalt einem andern abtretten, daß er nun Uſufructuar wird, und ich aufhöre, es zu ſeyn. Dann der Niesbrauch iſt ein ganz perſönliches Recht; es kann alſo von der Perſon, der es zuſteht, nicht getrennt werden. Und der Proprietar könnte durch ſolche Ceſſionen ſeine Hoffnung, dereinſt die Nutznieſſung mit der Proprietät zu vereinigen, gänzlich vereitelt ſehen. Dann der Uſufructuar könnte auf dem Todbette ſein Recht einem andern, und dieſer in gleichen Umſtänden einem dritten cediren u. ſ. w. Wann aber der Uſufructuar dieſe Vorſchrift übertritt, und de facto den Niesbrauch cediret, was iſt alsdann Rechtens? Viele Juriſten (*[2]) glauben, er verliehre durch eine ſolche Ceſſion zur Strafe alle ſeine Rechte, und der Niesbrauch falle nun ſogleich dem Proprietarius zu. Aber andere (*[3]) behaupten mit ſtärkern Gründen, die Ceſſion des Niesbrauchs ſey, wenigſtens nach dem neuen Juſtinianeiſchen Recht, ganz nichtig; ſo, daß weder der Ceſſionarius, (an den die Abtrettung geſchehen iſt) noch der Proprietarius daraus einiges Recht bekomme; ſondern der Uſufructuar ſeinen Niesbrauch behalte, eben ſo, als ob er ihn nie cediret hätte.

(1) Man ſ. davon *Chriſt. Gottl. Gmelin* diſſ. de diuerſis partus ancillae et foetus pecoris iuribus §. 3.

(2) *Vinnius* ad §. 3. I. h. t. *Kulpis* diſſ. de conſolidatione §. 25. in diſſert. acad. pag. 25. ſqq. *Coccei* iur. controv. lib. 7. Tit. 4. Quaeſt. 3.

(3) *Galvanus* de uſufr. cap. 38. n. XII. p. m 587. *Noodt* de uſufr. lib 2 cap. 10. *Brencmann* de lege Remmia cap. 11. in theſaur. Otton. Tom. 3 p. 1603.

Coſta et *Otto* ad §. 3. I. h. t. *Crell* diſſ. ad L. 66. D. de iure dot. *Walch* controv. ſect. 2. cap. 3. § 11. p. 133.

§. 373. Pflichten des Uſufructuars.

Der Uſufructuar muß die Subſtanz der Sache laſſen, wie ſie iſt. Er darf daher 4) die Form der Sache nicht ändern; auch alsdann nicht, wann die Veränderung nützlich wäre. Z. E. er darf in dem Haus, worauf er den Niesbrauch hat, keine Stube kleiner oder gröſſer machen; keine Wieſe in einen Acker verwandeln und umgekehrt. 5) Weil er allen Nutzen von der Sache zieht: ſo muß er auch die nöthige Ausbeſſerungen vornehmen. 6) Er muß die Sache ſo gebrauchen, wie ein guter Haushälter ſeine eigene Sachen gebraucht. Wann er z. E. den Niesbrauch eines Waldes hat: ſo darf er ihn nicht aushauen, ſondern muß ihn forſtmäſſig benutzen; hat er den Niesbrauch einer Heerde, ſo muß er an die Stelle der abgegangenen Stücke andere junge ſubſtituiren u. ſ. w. Dazu iſt er nicht verbunden, daß er an der Sache ſchlechterdings nichts verderbe. Wann die Sache durch ordnungsmäſſigen Gebrauch verdorben wird: ſo hat der Uſufructuar deßwegen nichts zu erſetzen (* [1]). Andere Deteriorationen aber muß er vergüten, in ſofern er in culpa leui iſt. L. 65. pr. D. h tit. 7) Der Uſufructuar muß dem Proprietar Caution leiſten, und zwar über zwey Stücke: a) daß er die Sache ordentlich gebrauchen wolle, b) daß die Sache nach geendigtem Niesbrauch an den Proprietar zurück gegeben werden ſolle.

In der Anmerkung iſt die berühmte Streitfrage angeführt: ob dem Uſufructuar dieſe Cautionsleiſtung nicht erlaſſen werden könne?

Die gemeine Meynung iſt: man müſſe einen Unterſchied machen zwiſchen Niesbrauche, der in einem letzten Willen, und dem, welcher durch einen Vertrag ertheilt ſey. Wann mir jemand durch einen Vertrag den Niesbrauch gebe: ſo könne er mir auch die Caution erlaſſen. Hingegen wann der uſusfructus in einem letzten Willen conſtituirt ſey: ſo könne zwar der Erbe die Caution remittiren, aber nicht der Erblaſſer. Dieſe Meynung, daß nemlich der Erblaſſer die Caution nicht remittiren könne: wird auch durch die angeführte L. 7. C. ut in poſſeſſ. legat. beſtätigt. Dann es heiſt darin: ut boni viri arbitratu is, cui uſusfructus relictus eſt, utatur, fruatur, minime ſatisdationem remitti teſtamento poſſe. Gleichwohl iſt dieſe Entſcheidung ganz unbegreiflich. Man ſagt zwar, der uſusfructuarius würde durch dieſe Erlaſſung zu einer unerlaubten Handlung, (ad delinquendum) gereizt; nemlich gereizt, die Sache zu verderben; und ſolche Reizungen wollten die Geſetzgeber nicht dulden. Aber dieſer Grund iſt lächerlich. Dann a) der uſufructuarius muß ja allen Schaden, den er der Sache zufügt, erſetzen, er mag Caution leiſten

oder

oder nicht. b) Die Geſetze erlaſſen ſelbſt in einigen Fällen die Caution; ſie reizten alſo ſelbſt zu verbotenen Handlungen, und c) gebrauchen ja der commodatarius und conductor auch eine fremde Sache, und zwar ohne Caution, warum werden ſie dann nicht zu verbotenen Handlungen gereizt (* [2])? Wer einem den Niesbrauch verſtattet, konnte ihm auch das völlige Eigenthum, Proprietät und Niesbrauch geben; aus welcher Urſache ſoll er ihm die Caution zu remittiren nicht befugt ſeyn? Man ſtelle ſich z. E. vor, daß jemand ſeine Geſchwiſter zu Erben einſetze, und ſeiner Wittwe den Abnutzen des ganzen Vermögens auf Lebenslang vermache. Warum ſoll er ihr nicht die Cautionsleiſtung erlaſſen dürfen? Er konnte ja ſeine Geſchwiſter gänzlich ausſchlieſſen, und ſoll ihnen doch nicht befehlen können, daß ſie von der Wittwe keine Caution fordern.

Noodt am a. O. gehet noch weiter, und glaubt, daß bey einem im letzten Willen ertheilten Niesbrauch auch ſogar der Erbe nicht einmal die Caution erlaſſen könne. Nach dieſer Erklärung iſt das Geſetz noch vernunftwidriger. Franzkius am a. O. und Stryk (* [3]) behaupten, daß zwar das letzte Stück der Caution, de re finito uſufructu reſtituenda, aber nicht das erſte, de re boni viri arbitratu utenda, remittirt werden könne. Allein man kann keine gegründete Urſache der Verſchiedenheit angeben (* [4]). Endlich Galvanus am a. O. num. VI. ſqq. ſagt, die Geſetzgeber wollten nur ſo viel ſagen, man könne dem Uſufructuar das *ius cautionis* nicht erlaſſen; nicht machen, daß der Uſufructuar nicht verbunden wäre, zu caviren; man könne aber das *factum cauendi*, oder *uſum cautionis* aufheben; man könne ihm verſprechen, daß man keine Caution verlangen wolle, auch verordnen, daß der Erbe die Caution nicht fordere; und dieß ſey ſowohl bey dem conventionellen als teſtamentariſchen Niesbrauche Rechtens. Man ſieht aber leicht, daß dieſe Diſtinction zu den überſubtilen oder ſophiſtiſchen gehört. Sie iſt auch blos divinatoriſch, in den Geſetzen findet ſich keine Spur davon. Mir gefällt die Erklärung des alten Spaniſchen Juriſten Joh. Del Caſtillo Sotomayer (* [5]) vor allen andern. Er ſagt, wann der Teſtirer dem Uſufructuar die Caution de utendo boni viri arbitrio erläßt: ſo ſcheint er ihm die Erlaubniß zu geben, mit der Sache zu ſchalten, wie er will; ſcheint ihm die Proprietät legirt zu haben. Er hat etwas erlaubt, was mit der Natur des Niesbrauchs ſtreitet, hat ſich ſelbſt widerſprochen, indem er nur Niesbrauch legiret, und doch eine Clauſel beyfügt, die eine Proprietät involviret. Die Clauſel wird daher als nicht beygefügt angeſehen. Daraus folgt aber zugleich, daß wann ſich der Teſtirer deutlich ausdrückt, z. E. ich vermache dem A den Niesbrauch meines Hauſes, und weil ich das Zutrauen zu ihm habe, daß er es wie ein guter Haushälter, und wie

es einem Uſufructuar geziemet, gebrauchen werde: ſo ſoll er nicht ſchuldig ſeyn deßfalls Caution zu leiſten, daß, ſage ich, in dieſem Fall die Nachlaſſung der Caution gültig iſt.

(1) *Aug. Frid. Schott* diſſ. de uſufr. veſtimentor. cap. 1. §. 1.
(2) *Car. Ferd. Hommel* diſſ. de iniquitate legum romanarum remiſſionem cautionis uſufructuariae teſtatori denegantium §. 24.
(3) In uſ. mod. eod. tit. §. ult.
(4) *Hommel* l. c. §. 27.
(5) Tract. de uſufr. cap. 15. n. 30.

§. 374. Vom Quaſi - Uſusfructus.

Der Niesbrauch iſt ein Recht, die Sache ohne Schaden der Subſtanz zu gebrauchen; er hat alſo bey ſolchen Sachen nicht ſtatt, welche man, der Subſtanz unbeſchadet, gar nicht gebrauchen kann; welche man anderſt nicht gebrauchen kann, als wann man ſie aufzehrt, deſtruirt, weggiebt; oder wie andere ſagen, quarum uſus conſiſtit in abuſu (* 1) dergleichen ſind Eß- und Trinkwaaren, Geld und Kleider (* 2). Indeſſen wurde doch unter Auguſts oder Tiberius Regierung durch ein Senatusconſult ein *quaſi uſusfructus* von dieſen Sachen erlaubt. Der Uſufructuar aber muß Caution ſtellen, daß er eine Sache von gleicher Qualität und Quantitat reſtituiren oder den Werth erſetzen wolle. Der quaſi uſusfructus iſt alſo ſeruitus perſonalis, quae conſiſtit in iure re aliena abutendi, praeſtita cautione, ut finito quaſi uſufructu aut alia res eiusdem generis, aut aeſtimatio praeſtetur. So kann ich z. E. von einem Faß Wein quaſi uſumfructum haben: ich darf den Wein trinken, meine Erben aber müſſen ein Faß von gleichem Gehalt und Güte zurückgeben, oder den Werth des Weins bezahlen. Ich kann von einem Capital den quaſi uſumfructum haben; es ausleihen, die Zinſen davon ziehen, und meine Erben müſſen das Capital zurückbezahlen. Nach der gemeinen Meynung hat dieſer quaſi uſusfructus nur bey rebus fungibilibus ſtatt, aber Herr P. Schott (* 3) zeigt, daß auch bey nicht fungibelen Sachen ein quaſi uſusfructus conſtituirt werden kann; wiewohl er da nicht ſo gewöhnlich iſt, als bey fungibelen.

Die Anmerkung berührt die Streitfrage: ob Kleider im wahren oder im quaſi uſufructu ſind? Die Frage iſt practiſch. Dann ſind die Kleider in in vero uſufructu, ſo giebt der Erbe des Uſufructuars nichts, als die übrige Lumpen zurück; ſind ſie aber in quaſi uſufructu, ſo muß er den Werth bezahlen, den die Kleider zu der Zeit hatten, als der quaſi uſusfructus anfieng. Die Meynungen der Juriſten ſind ſehr getheilt; dann die Geſetze ſcheinen ſich gerade zu widerſprechen. Im angeführten §. 2 I. h. heiſt es: conſtituitur autem uſusfructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in ſervis

vis et iumentis et caeteris rebus, exceptis iis, quae ipſo uſu conſumuntur. Nam hae res neque naturali ratione, neque ciuili recipiunt uſumfructum, quo in numero ſunt vinum, oleum, frumentum, *veſtimenta.* Hingegen L. 15. §. 4. cit. ſagt: et ſi veſtimentorum uſusfructus legatus ſit, non ſicut quantitatis uſusfructus legetur, dicendum eſt, ita uti eum debere, ne abutatur. Man hat dieſe Geſetze auf mancherley Art zu vereinigen geſucht Schott hat in der angeführten Diſſertation (* 4) die verſchiedene Conciliationen erzählt. Seine eigene Meynung iſt, die Kleider ſeyen der Regel nach in quaſi uſufructu. Wann aber der Erblaſſer einem den Niesbrauch ſeiner Kleider mit dem Zuſatz vermache, daß nichts als die alte verbrauchte Ueberreſte an den Proprietar reſtituirt werden ſollen; ſo ſey ein wahrer uſusfructus veſtimentorum vorhanden. In der Praxis iſt die Meynung der Gloſſatoren angenommen, man müſſe nemlich zwiſchen Alltagskleidern und Feyerkleidern diſtinguiren. Jene könnten nur in quaſi uſufructu, dieſe aber auch in vero uſufructu ſeyn (* 5).

(1) *Aug. Frid. Schott* progr. de rebus, quae functionem recipiunt, in opuſcul. pag. 212.
(2) §. 2. l. h. t. *Schott* diſſ. de uſufr. veſtimentorum cap. 3. §. 2. ſqq. in opuſc. pag. 183.
(3) Diſſ. cit. cap. 1. §. 3. ſqq.
(4) Cap. 4. pag. 201.
(5) *Struv.* Exerc. 12. th. 39. *Stryk* not. ad *Lauterb.* tit. de uſufr. ear. rer. *Berger* reſolut. eod. tit.

§. 375. Der Uſufructuar muß die Beſchwerden tragen.

Der Uſufructuar zieht allen Nutzen von der Sache; wer aber das thut, muß billig auch die Beſchwerden tragen. Daher iſt der Uſufructuar ſchuldig, die Abgaben, ſowohl ordentliche, als auſſerordentliche zu entrichten, die von der Sache zu entrichten ſind. Wird ihm dieß zu ſchwer, dann es kann wohl geſchehen, daß in auſſerordentlichen Fällen, in Kriegszeiten, Mißjahren, u. ſ. w. die Abgaben ſich höher belaufen, als der Nutzen: ſo iſt er befugt, den Niesbrauch zu derelinquiren.

§. 376. Wie wird der Niesbrauch beſtellt?

Der Niesbrauch kann auf mancherley Art entſtehen. 1) Geben die Geſetze zuweilen ſelbſt mir den Niesbrauch einer fremden Sache. Dahin gehört a) der Niesbrauch des Vaters. Er hat den uſumfructum von dem Vermögen ſeiner Kinder, was man peculium aduentitium ordinarium nennt, und welches im 9ten Titel dieſes Buchs ausführlich erklärt werden wird. b) Der Ehegatten. Man bemerke nemlich, nach der 23ſten Tabelle, folgende zwey

Fälle.

Fälle. Der erſte iſt: ein Ehegatte ſtirbt ohne Teſtament, und der überlebende, Witwer oder Witwe, erbt vermöge der Geſetze (ab inteſtato) einen Theil der Verlaſſenſchaft. Dieſen Theil bekommt er pleno iure, das heiſt, er erhält Proprietät und Niesbrauch, wenn er nicht mit ſeinen eignen Kindern, ſondern mit Stiefkindern, Eltern des verſtorbenen oder Seitenverwandten erbt. Succedirt hingegen ein Ehegatte mit ſeinen eignen Kindern, ſo erhält er nur den Niesbrauch von ſeiner Erbportion, die Kinder aber haben die Proprietät. Der zweyte Fall iſt: ein Ehegatte ſtirbt, und der andere überlebende Ehegatte erhält aus der Erbſchaft etwas vermöge eines vom Verſtorbenen errichteten Teſtamentes, oder eines mit demſelben geſchloſſenen Vertrags. In dieſem Falle bekommt er darauf ein volles Recht, Proprietät und Abnutzung. Wann er aber zur zweyten Ehe ſchreitet, und Kinder aus erſter Ehe vorhanden ſind; ſo fällt die Proprietät auf dieſe, und der Ehegatte behält nur den Niesbrauch.

2) Giebt zuweilen der Richter einen Niesbrauch. Dieß geſchieht in den iudiciis diuiſoriis. Man hat nemlich drey Klagen im römiſchen Recht, welche iudicia diuiſoria heiſſen. Sie ſind iudicium finium regundorum, familiae herciscundae, communi diuidundo. Wann nemlich die Gränzen zweyer liegenden Güter in Unordnung gerathen ſind, und einer der Eigenthümer auf die Herſtellung der Gränzen klagt: ſo heiſt die Klage *iudicium finium regundorum.* Haben mehrere Miterben bisher eine Erbſchaft in ungetheilter Gemeinſchaft beſeſſen, und einer klagt nun auf die Vertheilung: ſo iſt es *iudicium familiae heriscundae.* Wann endlich eine einzelne Sache bisher mehreren Miteigenthümern gemeinſchaftlich zugehört hat, und einer auf die Theilung klagt: ſo iſt es *iudicium communi diuidundo.* In dieſen Proceſſen giebt zuweilen der Richter einen abwechſelnden Niesbrauch. Wann er zum Exempel ein Haus unter zwey Miterben vertheilen ſoll, das ſich nicht wohl wirklich vertheilen läßt, das auch die Erben nicht verkaufen wollen, und keiner dem andern ganz überlaſſen will; kurz, wann kein anderes Mittel vorhanden iſt, die Intereſſenten aus einander zu ſetzen: ſo kann der Richter die Veranſtaltung treffen, daß einer um den andern den Niesbrauch hat. Indeſſen hat ein ſolcher alternirender Niesbrauch viel Unbequemlichkeiten; daher muß ihn die Obrigkeit nicht ohne die äuſſerſte Noth anordnen.

3) Beſtellt der Eigenthümer den Niesbrauch, und zwar entweder durch einen letzten Willen, oder durch einen Vertrag. Das erſte iſt das gewöhnlichſte. Es geſchiehet nemlich oft, daß jemand im Teſtament einer Perſon lebenslang den Einſitz und die Nutznieſſung in ſeinem Hauſe, auf ſeinem Landgute, oder auch in allen ſeinen Gütern vermacht. Wann der Niesbrauch durch einen Vertrag conſtituirt werden ſoll; ſo muß die Quaſitradition hinzukommen.

Ehe-

Ehe dieſe geſchehen iſt, exiſtirt noch kein dingliches Recht; ſondern der, welchem der vſusfructus verſprochen iſt, hat nur ein ius ad rem.

Endlich kann auch 4) ein Niesbrauch durch die **Verjährung** erlangt werden. Man ſehe den 352. §.

§. 377. Wie der Niesbrauch aufhört.

Der Niesbrauch iſt eine perſönliche Dienſtbarkeit. Er hört alſo auf 1) wann der Uſufructuar ſtirbt. Wie aber, wann dieſer eine moraliſche Perſon iſt, die nicht ſtirbt? Man nennt nemlich, wie wir oben (§. 61.) gehört haben, einen Inbegriff mehrerer Perſonen, welche zuſammen gewiſſe Rechte genieſſen, eine moraliſche Perſon. Geſetzt alſo einer Geſellſchaft im Staate, und zwar einer ſolchen, die auf ewig eingegangen iſt, z. E. einer Stadtgemeinde, wird ein Niesbrauch gegeben, wie lange dauert er? Die Geſetze ſagen hundert Jahre; weil ſie dieß für das höchſte menſchliche Alter halten. Der Niesbrauch wird auch 2) durch die größte und mittlere **Capitisdeminution** geendigt, weil dieſe als ein bürgerlicher Tod angeſehen werden.

§. 378. Fortſetzung.

Der dritte Fall, wo der Niesbrauch ein Ende nimmt, iſt die **Conſolidation**; wann der Proprietar den Niesbrauch acquirirt, z. E. kauft; oder der Uſufructuar die Proprietät an ſich bringt. 4) Macht der **Untergang** der Sache, die im Niesbrauche iſt, demſelben ein Ende. Z. E. der Niesbrauch des Pferdes hört auf, wann es krepirt; der Niesbrauch des Hauſes, wann es abbrennt. Merkwürdig iſt, daß der Niesbrauch eines Gebäudes, ſo wie der vſus nicht auf dem Boden des Hauſes fortdauert. Wann das Gebäude, worauf mir der Niesbrauch zuſtehet, abbrennt: ſo könnte ich doch den Platz noch als Garten benutzen. Dazu aber bin ich nach den römiſchen Geſetzen nicht befugt. Endlich hört auch 5) der vſusfructus durch den Nichtgebrauch auf. Wann ich zehen Jahre lang an dem Orte, wo die res vſufructuaria iſt, gegenwärtig bin, ohne die Sache zu gebrauchen: ſo iſt der Niesbrauch erloſchen. Ein gleiches geſchieht, wann ich zwanzig Jahre abweſend den Niesbrauch nicht exerciret habe. Die Frage übrigens, ob der bloſe Nichtgebrauch den vſumfructum extinguire, oder ob noch auſſer dem vſucapio libertatis erforderlich ſey, habe ich oben beantwortet (*1). (§. 368.)

(1) Das letzte behaupten *Leoninus* de vſufr. cap. 18. n. 11. *Galuanus* de vſufructu cap. 41. n. 11. *Heinecc.* ad *Vinn.* h. t. §. 3. n. 2. *Pufendorf* T. 3. obſ. 188. §. 16.

§. 379. Fortſetzung.

Wann ein unwiderruflicher Eigenthumsherr einen Niesbrauch conſtituirt, und ſein Eigenthum veräuſſert; ſo hört darum der Niesbrauch nicht auf; dann

er iſt ein dingliches Recht. Wann hingegen ein widerruflicher Eigenthümer jemand einen Niesbrauch giebt: ſo wird ſein Eigenthum entweder *ex nunc*, oder *ex tunc* reſolvirt. Im letzten Fall hört der Niesbrauch auf, im erſten aber nicht. (§. 289.) Endlich 7) exſpirirt der Niesbrauch, wann er auf eine gewiſſe Zeit ertheilt, und dieſe Zeit verfloſſen iſt.

TIT. V.

De vſu et habitatione.

§. 380. 381. Was iſt der vſus?

Die zweyte Gattung der perſönlichen Servituten iſt der *vſus minus plenus* oder vſus ſchlechtweg. Der Unterſchied dieſes vſus vom vſufructu iſt ſchon im vorigen Titel erklärt. (§. 370.) Wer vſumfructum hat, nimmt allen Nutzen von der Sache, der ſich nur davon ziehen läßt; wer aber blos vſum hat, mit einem Worte der *vſuarius*, darf nicht mehr von den Früchten nehmen, als er zu ſeiner Nothdurft bedarf.

§. 382. Grundſätze davon.

Der vſus enthält alſo 1) gewöhnlich weniger als vſusfructus. Ich ſage gewöhnlich; dann wann der vſuarius alle Früchte der Sache nothwendig braucht, ſo nimmt er ſie auch alle, eben ſo gut, als ob er vſumfructum hätte. 2) Der vſus richtet ſich nach den Bedürfniſſen des vſuarii. Hat er groſſe Bedürfniſſe, weil ſeine Familie weitläuftig iſt: ſo nimmt er viel von den Früchten; ſind aber ſeine Bedürfniſſe gering: ſo zieht er wenig. Vermehren oder vermindern ſich die Bedürfniſſe: ſo vermehrt oder vermindert ſich auch der vſus.

§. 383. Wie genießt der vſuarius die Sache.

1) Wer alſo den vſum eines Landgutes hat, kann von dem Getreide, Gemüß, Obſt, Blumen, Heu, Stroh, Holz, ſo viel nehmen, als er in ſeiner Haushaltung braucht; die übrige Früchte aber gehören nicht ihm, ſondern dem Proprietarius. 2) Der vſuarius kann weder ein Recht noch die Ausübung deſſelben einem andern verkaufen, vertauſchen, vermiethen, auch nicht umſonſt überlaſſen. Von dem vſufructuario haben wir gehört, (§. 372.) daß er zwar ſein Recht nicht abtreten, aber doch durch einen andern exerciren laſſen könne. Keines von beiden iſt der vſuarius zu thun befugt.

fugt. Wann er auch vſuarius bleiben, und nur die Früchte einen andern wollte genieſſen laſſen, ſo geht es doch nicht an. Eine völlige befriedigende Urſache dieſer Verordnung weiß ich nicht anzugeben. Gemeiniglich heiſt es: der Grund zur Ertheilung des vſus ſey die Nothdurft des vſuarii; wann er aber den vſum einem andern überlaſſen wolle: ſo gebe er zu erkennen, daß ihm derſelbe nicht nothwendig ſey. Manz (* 1) ſagt: vſus non poteſt a perſona ſeparari, cum alius alio plus indigeat, conſequenter in alterius perſona alius vſus ſit futurus. Andere (* 2) ſagen: vſus iſt nicht blos ſeruitus perſonalis, ſondern perſonaliſſima, die von der Perſon des uſuarii ſchlechterdings unzertrennlich iſt. Eine Ausnahme übrigens leidet dieſer Satz, wann der vſus dem vſuario ſchlechterdings unnütz wäre, wofern er ihn nicht vermiethen dürfte; z. E. wann man einem Fuhrmann den vſum eines Pferdes, einem Ungelehrten den vſum einer Bücherſammlung vermacht hätte. 3) Wer daher den vſum eines Hauſes hat, darf es ſelbſt bewohnen, ſo viel nemlich davon bewohnen, als er zur Nothdurft braucht; aber vermiethen darf er es nicht. Einen Gaſt aufzunehmen iſt ihm erlaubt, wiewohl verſchiedene ältere Juriſten daran zweifelten. Auch ſogar einen Miethsmann, inquilinum, darf er bey ſich wohnen laſſen; welches ſonderbar iſt, indeſſen in der angeführten L. 2. §. 1. D. h. t. ausdrücklich verſtattet wird. 4) Wer vſum eines oder mehrerer Stücke Vieh hat, bekommt von der Milch und dem Dünger ſoviel als er nöthig hat, aber nicht die Wolle, auch nicht die Jungen. Eine hinlängliche Raiſon weiß ich auch davon nicht anzuführen. Manz (* 3) ſagt, die Jungen ſind ein von der Mutter verſchiedenes Ding. Wann alſo der vſuarius die Jungen nehmen wollte: ſo würde er ein anderes Ding gebrauchen, als deſſen vſus ihm gegeben iſt; die Wolle kann man faſt zu nichts gebrauchen, ehe ſie geſponnen und verwebt iſt; ſobald aber das geſchieht, iſt ſie keine Wolle mehr. Wie lahm dieſe Gründe ſind, ſieht man ohne mein Erinnern.

(1) In commentar. ad I. h. t. §. 2.
(2) *Faber* in rational. ad L. 2. §. 1. D. h. t.
(3) In commentar. ad tit. pandectar. de vſu & habitatione Quaeſt. 6. reſp. 7. in opp. Tom. 1. pag. 179.

§. 384. Von der Wohnung.

Die dritte Gattung der perſönlichen Dienſtbarkeiten iſt die Wohnung, *habitatio*; oder das dingliche Recht eines andern Hauſes, der Subſtanz des Hauſes unbeſchadet zu bewohnen.

§. 385. Was ſie enthält.

Wer alſo dieſe Servitut hat, bedient ſich 1) nicht blos des Hauſes zur Nothdurft, wie der vſuarius; er kann ferner Zimmer zum Vergnügen haben.

2) Er kann auch das ganze Haus vermiethen, welches dem vſuario nicht erlaubt iſt. Allein er darf doch 3), wie unſer Autor glaubt, nur die Theile des Hauſes gebrauchen, die zur Wohnung im ſtrengſten Verſtande beſtimmt ſind; Stuben und Kammern; alſo nicht Keller, Speicher, Hausgarten u. ſ. w. (*1)

(1) Gleicher Meynung ſind *Franzk.* ad Pand. h. t. n. 8. und *Lauterbach* Coll. th. pr. Cod. tit. §. 12. Allein ich weiß nicht, womit man ſie beweiſen will. In den Geſetzen ſteht nichts davon.

§. 386. Von den operis ſeruorum.

Endlich die vierte Gattung der perſönlichen Dienſtbarkeiten, ſind die *operae ſerui*, oder das dingliche Recht, mir von eines andern Sklaven Dienſte leiſten zu laſſen. Dieſe Servitut hat das ganz beſondere, und von den Regeln der Perſonalſervituten abweichende, daß ſie nicht mit dem Tode deſſen, dem ſie zuſteht, aufhört, ſondern auf deſſen Erben geht. Nicht eher, als bis der dienende Sklave ſtirbt, nimmt ſie ein Ende.

§. 387. Deutſches Recht.

Der Titel de vſu & habitatione hat wenig practiſchen Nutzen. 1) Wir diſtinguiren den *vſumfructum* und *vſum* nicht; haben auch keine Wörter, welche den römiſchen gleichbedeutend wären. Wann ich jemanden den Nießbrauch, Abnutzen, Nutznießung, Leibzucht, Gebrauch, gebe: ſo ziehet er alle Nutzungen, welche ſich von der Sache ziehen laſſen; die eingeſchränkte ſeruitus vſus war den Deutſchen ganz unbekannt. 2) Wann indeſſen jemand einem andern die ſeruitutem vſus oder habitationis ausdrücklich nach römiſchen Grundſätzen ertheilte: ſo würde man auch das römiſche Recht befolgen müſſen. 3) Die ſeruitus habitationis wird zuweilen einem in letzten Willensverordnungen vermacht. In dieſem Falle muß man, wie Thomaſius (*1) anmerkt, die Redensarten wohl unterſcheiden: a) ich vermache ihm mein Haus zur Wohnung, oder ich vermache ihm meine Wohnung; b) ich vermache ihm die Wohnung in meinem Hauſe, oder die Bewohnung des Hauſes; und c) ich vermache ihm eine Wohnung im Hauſe. Im erſten Falle bekommt der Legatar das Haus eigenthümlich; im zweyten hat er die ſeruitutem habitationis, und kann das ganze Haus einnehmen; im dritten aber hat er eine eingeſchränktere Servitut, er kann nur ſo viel von dem Hauſe zur Wohnung verlangen, als er nothwendig braucht.

(1) In not. ad Inſt. h. t.

De

De actionibus occaſione ſeruitutum competentibus.

§. 388. Von der actione confeſſoria et negatoria directa.

Bey den Dienſtbarkeiten kommen zwey Klagen vor: *actio confeſſoria* und *negatoria.* Jene entſtehet aus dem Recht der Dienſtbarkeit; dieſe aber aus der natürlichen Freyheit; und die Dienſtbarkeit giebt nur Gelegenheit dazu (* 1). Man wendet dieſe Klage auch auf andere Rechte an, die keine Dienſtbarkeit ſind, und theilt ſie daher in *directas* et *utiles* ein. Wann ſie nemlich wegen einer Dienſtbarkeit angeſtellt werden: ſo heiſſen ſie actiones directae. Werden ſie aber wegen anderer Gerechtigkeiten angebracht: ſo nennt man ſie vtiles. Actio confeſſoria directa wird alſo von dem angeſtellt, der ſich für ſeine Perſon oder ſeine Sache eine Dienſtbarkeit zuſchreibt, gegen den, welcher die Servitut leugnet, oder in der Ausübung derſelben Hinderniſſe macht, oder mit dem Object der Servitut dergeſtalt umgehet, daß mir mein Recht vereitelt werden würde, wann dem andern kein Einhalt geſchähe; mit Bitte, daß man dem Kläger die Dienſtbarkeit zuerkennen, dem Beklagten alle Stöhrung unterſagen, und ihn desfalls zur Cautionsleiſtung anhalten möge. Z. E. ich behaupte, daß mir das Recht über meines Nachbars Garten zu fahren zukomme; der Nachbar aber leugnet es; verſchließt ſeinen Garten, will mir nicht mehr erlauben, durchzufahren. In dieſem Falle ſtelle ich die confeſſoriſche Klage an; bringe bey, daß ich die ſeruitutem viae durch einen rechtmäßigen Titel erworben hätte; gleichwohl in deren Ausübung vom Nachbar geſtöhrt würde; ich bäte alſo zu erkennen und auszuſprechen, daß mir dieſe Dienſtbarkeit zuſtehe; der Nachbar folglich ſie zu leiden, und mir Caution de non amplius turbando zu beſtellen ſchuldig ſey. Oder ich habe die Weidgerechtigkeit in eines andern Wald, er will den Wald umhauen und in Aecker verwandeln. Oder mir ſteht das Beholzigungsrecht in einem fremden Walde zu; der Eigenthümer behandelt den Wald dergeſtalt, daß ich fürchten muß, ich werde mit der Zeit das nöthige Brennholz nicht mehr daraus ziehen können. Auch in dieſen Fällen kann ich vermittelſt der actionis confeſſoriae den Waldeigenthümer in die Ordnung weiſen. Hingegen die negatoriſche directe Klage ſtelle ich an, wann mein Gut frey iſt; gleichwohl ſich ein anderer eine Dienſtbarkeit darauf anmaßt. Die Bitte gehet dahin, das Gut für frey zu erklären, dem Beklagten zu befehlen, daß er ſich der angemaßten Dienſtbarkeit enthalte, und Caution de non amplius turbando leiſte.

(1) *Ferd. Aug. Hommel* diſſ. de actione confeſſoria ex ſeruitute, et negatoria ex libertate Lipſ. 1721.

§. 389. Von der confeſſoria und negatoria vtili.

Die actio confeſſoria vtilis hat ſtatt, wann ich mir ein beſonderes Recht, *ius ſingulare et priuatiuum* zuſchreibe, welches keine Servitut iſt; andere mir es leugnen, und mich in deſſen Ausübung hindern. Das Geſuch des Klägers iſt: zu erkennen, daß ihm das beſondere Recht zuſtehe, und Beklagter ihn ferner darin nicht ſtöhren ſolle. Hingegen die negatoria vtilis wird angeſtellt, wann ich etwas thun will, das ich vermöge der natürlichen Freyheit, oder nach den gemeinen Rechten, oder vermöge eines gleichen Rechtes thun darf; ein anderer ſich aber ein ausſchließliches Recht anmaſſet, und mir daher die Handlung nicht erlauben will. Die Bitte des Klägers iſt: daß dem Beklagten kein ausſchlieſſendes Recht zuſtehe, und er daher dem Kläger in der Ausübung des verlangten Rechtes keine Hinderniſſe machen ſolle. Alſo die confeſſoria vtilis ſetzt voraus, daß ich ein beſonderes und ausſchließliches Recht verlange, und meine Klage darauf gründe. Hingegen wann ich negatoriam anſtelle, ſo behaupte ich, daß ich die Handlung thun dürfe a) entweder wegen der natürlichen Freyheit; weil jeder Menſch nach dem Naturrechte ſie thun dürfe; oder b) wegen eines gemeinen Rechtes; weil die römiſche, canoniſche oder deutſche Geſetze die Handlung jedem erlauben; oder c) wegen eines gleichen Rechtes; das heiſt, daß mir die Handlung eben ſowohl als dem Beklagten erlaubt ſey. Beyſpiele werden die Sache aufklären. Man ſtelle ſich vor, ich behaupte, daß mir allein das Recht zuſtehe, an einem Ort eine Apotheke zu haben: und ein anderer will gleichwohl noch eine zweyte Apotheke anlegen. Wann ich gegen ihn klage, und ihm dieſes Recht negire, ſo iſt es actio confeſſoria. Geſetzt aber er klagt, und leugnet mir das ausſchließliche Recht auf eine Apotheke; behauptet, daß er vermöge der natürlichen Freyheit, oder vermöge des Herkommens an dem Ort, oder vermöge eines privilegii eben ſo gut, als ich eine Apotheke zu errichten befugt ſey: ſo iſt es actio negatoria. Wann es in einer Gegend hergebracht iſt, daß der Zehende in der zehenden Garbe beſteht; und ich behaupte, daß mir vermöge eines beſonderen Rechtes die neunte Garbe gehöre: ſo muß ich actionem confeſſoriam anſtellen. Klagen hingegen die Zehendpflichtige, und behaupten, daß ſie vermöge des gemeinen Rechtes nur die zehende Garbe zu geben ſchuldig ſeyen: ſo iſt ihre Klage actio negatoria. Wann in einem Lande den Adelichen, welche die Gerichtsbarkeit auf ihren Gütern haben, die geiſtliche Gerichtsbarkeit nicht zukommt, gleichwohl einer von Adel behauptet, daß er dieſe Gerichtsbarkeit habe, und deswegen Klage erhebt: ſo iſt es confeſſoria; ſtellt aber der Fiſcal gegen ihn Klage an: ſo iſt ſie negatoria. Wann die Bauern behaupten, daß ſie dem Landesherrn zu keinen ungemeſſenen Frohndienſten verbunden ſeyen, ſo müſſen ſie actionem confeſſoriam anſtellen; denn ſie behaupten etwas ſinguläres,

und die Vermuthung ſtreitet gegen ſie. Klagt hingegen der Landesherr, ſo iſt es actio negatoria (*[1]). Noch muß ich anmerken, daß auch in dem Fall, wann jemand ſeine Servitut, oder ein anderes beſonderes Recht zu weit ausdehnt, die negatoria gegen ihn angeſtellt wird (*[2]).

(1) *Reinharth* ad *Chriſtin.* Vol. 2. Obſ. 33. *Stryck* de act. forenſ. inveſtig. ſect. 2. membr. 4. §. 5. ſqq.

(2) *Boehmer* de act. ſect. 2. cap. 2. §. 40. *Hommel* rhapſod. obſ. 34.

TIT. VI.

De vſucapionibus et longi temporis praeſcriptionibus.

§. 390. Uebergang zu dieſer Lehre. Die modi adquirendi ciuiles ſind entweder vniuerſales oder ſingulares.

Die modi adquirendi ſind entweder im Naturrecht gegründet, oder durch die bürgerliche Geſetze eingeführt. Jene heiſſen naturales, und ſind im Titel de adquirendo rerum dominio vorgetragen worden. Dieſe heiſſen ciuiles, und ſind entweder *vniuerſales* oder *ſingulares.* Vniuerſales heiſſen die, wodurch man das ganze Vermögen eines Menſchen erwirbt, ſingulares, wodurch man nur ein einzelnes Recht an ſich bringt. Die vniuerſales ſind im folgenden §. erzählt.

§. 391. Modi adquirendi vniuerſales.

Sie ſind nemlich 1) *hereditatis adquiſitio*, 2) *bonorum poſſeſſio*, 3) *adquiſitio per arrogationem*, 4) *addictio libertatum ſeruandarum cauſa*, 5) *adquiſitio per ſectionem bonorum*, 6) *ex ſenatusconſulto Claudiano.* Da in der Folge an den angeführten Orten von jedem beſonders gehandelt werden wird: ſo iſt es unnöthig ſie hier zu erklären. Die Note ſagt: Juſtinian hat in den Inſtitutionen nur von dieſen ſechs modis adquirendi gehandelt; aber es giebt mehrere. Nemlich der ſiebende iſt: *ſucceſſio fiſci in bona damnatorum et vacantia.* Wann jemand zum Tode verurtheilt wird, der gar keine Deſcendenten, auch keine Aſcendenten vom erſten, zweyten, oder dritten Grade hinterläßt: ſo confiſcirt der Landesherr deſſen ganzes Vermögen. Auch in dem Fall, da jemand ſtirbt, auf deſſen Erbſchaft Niemand vermöge Vertrages oder Teſtamentes oder Geſetzes Anſpruch hat, nimmt der Fiſcus das

Ver-

Vermögen als eine rem nullius weg. (§. 703.) 8) Wann jemand ins Kloſter geht: ſo fällt ſein ganzes Vermögen dem Kloſter zu. 9) Endlich wann eine Ehefrau in manum mariti kam, (§. 126.) ſo erhielt der Mann ihr ſämtliches Vermögen als Heyrathsgut.

§. 392. Singulares.

Die ſingulares modi adquirendi ciuiles ſind vier: 1) *vſucapio*, 2) *donatio*, 3) *legatum*, 4) *fideicommiſſum ſingulare*.

§. 393. Was iſt die Verjährung.

Um die ſchwere Materie von der Verjährung in ihr volles Licht zu ſetzen, will ich vorerſt eine allgemeine Anmerkung vorausſchicken, alsdann 2) das Syſtem des Juſtinianeiſchen Rechtes vortragen; und endlich die Geſchichte dieſes Artikels erzählen. Ich ſetze das Syſtem der Geſchichte vor, weil es ſonſt nicht wohl möglich iſt, dieſe zu verſtehen.

Die allgemeine Bemerkung iſt: wann ich eine Sache vom wahren Eigenthümer nach vorausgegangenem rechtmäßigen Titel tradirt erhalte: ſo werde auch ich, und zwar ſogleich Eigenthümer. Es bedarf alſo keiner Verjährung. (*1) Geſetzt aber a) jemand überläßt mir die Sache, welcher nicht Eigenthümer davon iſt, und nicht befugt war, ſie mir zu überlaſſen; z. E. ich deponire bey X. eine Sache; dieſer verkauft ſie ohne meine Erlaubniß an Y, oder b) der wahre Eigenthümer überläßt mir ſie; aber der titulus iſt nicht iuſtus, z. E. ein Ehegatte ſchenkt dem andern ein Landgut. Dieſe Schenkung iſt kein iuſtus titulus, weil Ehegatten einander nichts gültig ſchenken können. (§. 411.) Oder c) eine Sache kommt unter die meinige, und ich habe gar keinen Titel; z. E. meinem Erblaſſer iſt eine Sache nur geliehen geweſen; ich finde ſie in der Erbſchaft, und glaube, ſie habe dem Verſtorbenen eigenthümlich gehört; behalte ſie alſo. In dieſen Fällen werde ich nicht ſogleich Eigenthümer der Sache, ſondern ich muß meine Zuflucht zur Verjährung nehmen. Erſt alsdann, wann ich die Sache eine Zeitlang bona fide beſeſſen habe, iſt ſie mein, und dieſe Erwerbungsart heiſt Verjährung.

Das Rechtsſyſtem in der Lehre von der Verjährung iſt folgendes: Verjährung, Präſcription, iſt die Erlangung eines Vortheiles aus dem Grunde, weil ein anderer ſein Recht binnen der vorgeſchriebenen Zeit nicht ausgeübt, und daher verlohren hat. Der Vortheil beſtehet entweder darin, daß die Klage, die der andere gegen mich hatte, erliſcht; oder darin, daß ich ein gewiſſes Recht acquirire. Im erſten Fall iſt die *extinctiua praeſcriptio*, im letzten die *adquiſitiua* vorhanden. Jeder Klage nemlich haben die Geſetzgeber eine gewiſſe Zeit vorgeſchrieben; binnen dieſer muß ſie angeſtellt werden. Wo nicht:

ſo

ſo geht ſie verlohren; das heiſt der Beklagte kann ihr exceptionem praeſcriptionis exſtinctiuae entgegen ſetzen. Durch dieſe Präſcription erhalte ich alſo kein neues Recht; ich werde nur von der Klage und von meiner Verbindlichkeit befreyet. Durch die adquiſitiuam praeſcriptionem aber erwerbe ich ein Recht, ein Eigenthum, eine Dienſtbarkeit, u. d. g. Von der exſtinctiua wird im 12ten Titel des vierten Buches gehandelt werden; von der adquiſitiua aber iſt in dem gegenwärtigen Titel die Rede.

Dieſe erfordert a) eine Sache, welche der **Verjährung fähig** iſt; b) *bonam fidem*; c) einen **ununterbrochenen Beſitz**; d) einen **gewiſſen Zeitverlauf**, ich muß die Sache eine zeitlang beſitzen.

Wann ich alſo etwas durch die Verjährung erwerben will: ſo beſitze ich **entweder** ununterbrochen, mit einem rechtmäßigen Titel, und bona fide eine Sache, die nicht unter die Ausnahme gehört; oder nicht. Im erſten Falle acquirire ich die Sache **in langer Zeit**; das heiſt eine bewegliche Sache in drey, eine unbewegliche in zehen oder zwanzig Jahren. Aber im letzten Falle muß man weiter diſtinguiren. Entweder fehlt es 1) an der ununterbrochenen Poſſeſſion, oder 2) an der bona fide, oder 3) am rechtmäßigen Titel, oder 4) die Sache gehört zur Ausnahme, iſt von einer beſondern Art, iſt nicht *uſucapibilis*, wie einige ſagen. Wann das erſte oder zweyte Erforderniß fehlt: ſo fällt alle Verjährung weg; fehlt das dritte, der iuſtus titulus nemlich, ſo muß ich dreyſig Jahre beſitzen. Iſt endlich am vierten Stück ein Mangel: ſo iſt entweder die Sache zu **aller Verjährung** ganz ungeſchickt, oder nur zu derjenigen, die in langer Zeit geſchieht. Wann die Sache zu aller Verjährung unfähig iſt: ſo fällt auch dieſe ganz weg. Wofern aber die Sache nur zur Verjährung der langen Zeit unfähig iſt: ſo muß ich nach Verſchiedenheit des Gegenſtands um zu verjähren den Beſitz 30, 40 oder 100 Jahre forſetzen.

(Man ſehe die zu dieſem §. gehörige 24. Tabelle.)

Nun wird man im Stande ſeyn, die Geſchichte der **Verjährung** zu verſtehen, von der unſer Autor in der zweyten Anmerkung ſpricht. Man unterſcheide in dieſer Geſchichte vier Perioden. **Erſte Periode.** Nach den Geſetzen der 12 Tafeln wurden bewegliche Sachen binnen Einem Jahre, unbewegliche in zwey Jahren uſucapirt. So ſind die Worte der zwölf Tafelgeſetze zu verſtehen: uſus auctoritas fundi biennium, caeterarum rerum annus eſto (* [1]). Aber dieſe Uſucapion hatte nur bey körperlichen Sachen; b) bey liegenden Gütern in Italien; c) nicht bey unkörperlichen Dingen oder Gerechtſamen; auch d) nicht bey Gütern in den Provinzen ſtatt; und e) nur ein römiſcher Bürger war dazu fähig. **Zweyte Periode.** Weil die Uſucapion in ſo enge Gränzen eingeſchloſſen war: ſo erfand der Prätor die praeſcriptionem

 longi

longi temporis, als ein Supplement der Uſucapion. Dieſe hatte a) ſtatt bey ſolchen Dingen, wo die Uſucapion ceſſirte; b) auch ein peregrinus konnte ſie gebrauchen; c) ſie gab aber kein *ius vindicandi*, ſondern nur ein *ius retinendi & excipiendi*; oder richtiger zu reden, die praeſcriptio war nichts anders, als eine Art von Exception, welche vom langwierigen Beſitze hergenommen war. Wann ich eine Sache in langwierigem Beſitz gehabt hatte: ſo konnte ich mich mit der exceptione praeſcriptionis gegen jeden ſchützen, der mir die Sache wegnehmen wollte; verlohr ich aber den Beſitz, ſo konnte ich die Sache nicht vindiciren; dann ich war durch die Präſcription kein vollkommener Eigenthümer geworden. d) Dieſe Präſcription erforderte eine Zeit von 10 oder 20 Jahren. Sie heiſt die prätoriſche Präſcription, auch *praeſcriptio longi temporis*. Dritte Periode. Zu den Zeiten der Kayſer kam die *praeſcriptio longiſſimi temporis* oder 40 *annorum* auf. Sie hatte ſtatt, wann die Erforderniſſe der prätoriſchen Präſcription, bona fides oder iuſtus titulus fehlten. Auch dieſe gab nichts weiter, als ein Recht zu excipiren. Vierte Periode. Juſtinian verwandelte 1) die Zeit von 40 Jahren in 30 Jahre; einige Fälle ausgenommen, worin er die 40 Jahre beybehielte. 2) Er legte der dreyſigjährigen Präſcription die Kraft bey, ein Eigenthum zu wirken, wofern nur der praeſcribens in bona fide iſt. 3) Machte er die Uſucapion und praeſcriptionem longi temporis einander gleich, und zwar a) in Anſehung der Wirkungen. Dann man kann durch die praeſcriptionem longi temporis ein Eigenthum erlangen. b) In Anſehung der Gegenſtände. Man diſtinguirt nemlich nicht mehr zwiſchen Gütern, die in Italien, und ſolchen, die in den Provinzen liegen. Der einzige Unterſchied blieb nur beſtehen, daß man von unkörperlichen Dingen das Wort *uſucapere* nicht gebraucht, ſondern nur den Ausdruck *praeſcribere*. Endlich c) machte er ſie einander auch gleich in Abſicht der Zeit; die Uſucapion erfordert, eben ſo wie die praeſcriptio longi temporis, eine Zeit von 3, 10 oder 20 Jahren (* 3).

Noch iſt die erſte Anmerkung zu dem Paragraph zu erklären übrig. Das Naturrecht weiß nach der richtigern Meynung nichts von der Verjährung (* 4). Juſtinian rechnet ſie daher mit Grund unter die modos adquirendi civiles. Die bürgerliche Geſetze haben ſie eingeführt 1) zur Strafe der Nachläßigkeit. Sie glauben, daß ein Menſch, der ſeine Sache ſo lange in fremden Händen läßt, und ſeine Rechte verſäumt, billig mit deren Verluſt beſtraft werde. 2) Damit die Proceſſe nicht ewig werden. Wann nemlich keine Verjährung gilt: ſo kann ich wegen eines Handels noch nach 100 und mehr Jahren belangt werden. Nach ſo langer Zeit iſt die Sache in Vergeſſenheit gekommen, die Zeugen ſind geſtorben, die Documente verlohren u. ſ. w. Daher iſt ſehr heilſam verordnet, das jede Klage binnen gewiſſer

Zeit

Zeit angeſtellt werde, und wann dies nicht geſchiehet, verlohren ſeyn ſoll. 3) Würden ohne Verjährung die Eigenthumsrechte immer ungewiß bleiben. Wann ich eine Sache durch den gerechteſten Titel an mich brächte, ſo würde ich doch nicht verſichert ſeyn, daß ich ſie behielte, weil es ſeyn könnte, daß mein auctor (der, von dem ich ſie erhalten habe) nicht befugt geweſen wäre, ſie mir zu überlaſſen. Durch die Verjährung wird dieſer Ungewißheit abgeholfen.

(1) *Meiſter* progr. de errore circa titulum eiuſque effectu in uſucap. §. 7. in opuſc. Vol. I. p. 133.
(2) *Contius* diſp. lib. I. cap. II in opp. p. 167.
(3) Die Geſchichte der Verjährungslehre erzählen *Galvanus* de uſufr. cap. II. *Franc. Car. Conradi* in einer Abhandl. welche ſeine triga libellorum, quibus iura uſucapionum illuſtrantur (Lipſ. 1728. 4.) vorgeſetzt iſt, und *Andr. Flor. Rivinus* diſſ. de uſucapionis ſtatu ſec. ord. chronologicum a XII. tabulis ad tempora Iuſtiniani, Lipſ. 1756.
(4) Mein Naturrecht §. 110. und die dort angeführten Schriften.

§. 394. Erforderniſſe jeder Verjährung.

Jede adquiſitive Verjährung erfordert alſo 1) **eine Verjährungsfähige Sache**; dann es giebt Dinge, die man durch keine Verjährung an ſich bringen kann, und die im folgenden §. beſchrieben werden. 2) *Bonam fidem.* Was das heiſſe, iſt oben ſchon (§. 281.) beyläufig erklärt worden, wird aber im 396ſten §. noch deutlicher aus einander geſetzt werden. 3) **Eine ununterbrochene Poſſeſſion.** Dann wann ich in keinem ruhigen Beſitz der Sache bin: ſo kann ich ſie nicht durch Verjährung erwerben. Man ſehe den 397ſten §. 4) Wird zu jeder Verjährung die Verflieſſung eines gewiſſen von den Geſetzen beſtimmten Zeitraums erfordert; einer Zeit von 3, oder 10, oder 20, oder 30, oder 40, oder 100 Jahren (§. 399. 403. 404. 405.)

§. 395. Welche Sachen zur Verjährung unfähig ſind.

Unfähig zur Verjährung ſind 1) die Sachen, welche kein Gegenſtand des Commerzes ſind, die man nicht eigenthümlich haben, verkaufen, vertauſchen, verſchenken u. ſ. w. kann. Dergleichen ſind nach römiſchen Rechten die res divini iuris, res ſacrae et religioſae; (§. 263. §. 265.) (* 1) 2) Die Sachen eines Pupillen, das heiſt, wann ich die Sache eines Pupillen auch durch den rechtmäſſigſten Titel an mich bringe, und in optima fide bin: ſo kann ich ſie doch, ſo lange, als der Menſch unmündig iſt, und unter der Vormundſchaft ſteht, nicht verjähren. Man denke ſich den Fall, daß ein Pupill eine ſeiner Sachen bey jemanden deponirt, und dieſer ſie mir verkauft. Nach zurückgelegten Jahren der Unmündigkeit fängt die praeſcriptio 30 annorum an zu laufen, L. 3. C. de praeſcr. 30 vel 40 annorum. 3) Die

res merae facultatis. Ueber die Definition einer rei oder actus merae facultatis iſt viel geſchrieben worden. Die Nominaldefinition iſt leicht zu geben. Actus merae facultatis iſt eine Handlung, die ich thun kann, ſo lange ich will, ohne dadurch verbunden zu werden, ſie fernerhin zu thun, und die ich auch unterlaſſen kann, ſo lange ich will, ohne dadurch zu fernerer Unterlaſſung verpflichtet zu werden. Aber welche Handlungen ſind dann nun von dieſer Art, daß ich ſie ohne Nachtheil ſo lange thun und unterlaſſen kann, als es mir gefällt. Ich glaube, daß folgende Vorſtellungsart die richtigſte und fruchtbarſte in der Praxis iſt. Es giebt dreyerley Handlungen, die nach der Vorſchrift der Geſetze binnen gewiſſer Zeit geſchehen müſſen: 1) muß ich die mir zuſtehende Klagen binnen der vorgeſchriebenen Zeit anſtellen; 2) darf ich die Servituten, die ich auf eines andern Sache habe, nicht zu lang vernachläſſigen, ſonſt gehen ſie durch den Nichtgebrauch verlohren; 3) darf ich einem andern nicht zu lange ein dingliches Recht, Eigenthum, Servitut, Pfandrecht ꝛc. auf meiner Sache ausüben laſſen; dann er kann es ſich durch den Zeitverlauf erwerben. Alle andere Handlungen ſind actus merae-facultatis; z. E. das Bauen auf meinem eigenen Grunde, ein Teſtament machen, heyrathen, kaufen, verkaufen, meine Wohnung ändern, einen Degen tragen, mich dieſes und keines andern Schneiders, Schuſters u. ſ. w. zu bedienen, meine Waare von dieſem Kaufmann zu nehmen. Alle dieſe Handlungen ſind keiner Verjährung unterworfen; das heiſt, wann ich ſie noch ſo lange unterlaſſen habe: ſo verliehre ich darum das Recht nicht, ſie zu thun. Nur alsdann findet die Verjährung, und zwar binnen 10 oder 20 Jahren ſtatt, wann ich einen actum merae facultatis thun will, der dem andern ſchädlich iſt; er mir ihn als unbefugt wehret, und ich mich dabey beruhige. Z. E. wann ich auf meinem Grund bauen will, der Nachbar ſich aber widerſetzt, weil ihm der Bau das Licht benimmt, und ich nun lange Zeit ſtill ſitze, ſo iſt mein Recht zu bauen verlohren.

(1) *Pufendorf* Tom. 3. obſ. 161. *Wernher* Part. 1. obſ. 8. part. 9. obſ. 41. Hommel rhapſod. obſ. 33. *Leyſer* ſpec 462. med. 7.

§. 396. Was iſt bona fides?

Das zweyte Erforderniß jeder adquiſitiven Verjährung iſt der gute Glaube, *bona fides.* Wann ich nemlich a) eine Sache als die meinige beſitze; b) nicht weiß, daß ſie einem andern gehört; und c) dieſe Unwiſſenheit Entſchuldignng verdient: ſo bin ich in bona fide. Alſo ich muß die Sache als die meinige, oder wie die Juriſten reden, civiliter beſitzen. Wer blos naturaliter beſitzt, z. E. einer, der die Sache geliehen hat, (commodatarius) oder dem ſie in Verwahrung gegeben iſt, (depoſitarius) iſt weder in bona

na noch in mala fide (* [1]). Ich muß ferner nicht wiſſen, daß die Sache einem andern gehört, und dieſe Unwiſſenheit muß Entſchuldigung verdienen. Dergleichen iſt a) die Unwiſſenheit eines facti, die ſich nur nicht auf eine groſſe Nachläſſigkeit, (culpam latam aut leuem) gründet. Z. E. wann ich eine Sache kaufe, und nicht weiß, daß ſie dem Verkäufer blos geliehen war. b) Die Unwiſſenheit eines Geſetzes, das nicht allgemein bekannt oder das ungewiß iſt; z. E. wann ich eine Sache kaufe, die einem Minderjährigen gehört, die aber ohne Nothwendigkeit, blos weil es nützlich iſt, verkauft wird. (§. 204) (* [2]). Nach dem römiſchen Recht iſt es genug, wann ich im Anfange, da ich die Sache in Beſitz bekomme, in bona fide bin. Wann ich eine Sache kaufe: ſo muß ich zur Zeit des geſchloſſenen Contractes, und zur Zeit der Tradition in bona fide ſeyn; bey andern Contracten aber iſt nur nöthig, daß ich es zur Zeit der Tradition bin (* [3]). Die Urſache dieſer Verſchiedenheit weiß ich nicht. Ludeking (* [4]) giebt einige an, die aber nicht befriedigen. Nach dem canoniſchen Rechte muß man die ganze Verjährungszeit durch in bona fide ſeyn, und dieß iſt in der Praxis angenommen (* [5]). Uebrigens wird die bona fides vermuthet, und wer behauptet, daß ich in mala fide ſey, muß es beweiſen (* [6]).

Die Anmerkung ſagt: in dem Falle, wann ich von einer fremden Sache fructus ziehen will: ſo muß ich auch nach römiſchem Recht in beſtändiger bona fide ſeyn; dann die bona fides iſt der Grund von der Erwerbung der Früchte. Da ich nun alle Jahre Früchte ziehen will: ſo muß ich auch alle Jahre in bona fide ſeyn.

(1) Voet ad tit. pro herede n. 1.
(2) *Leyſer* ſpec. 455. med. 4. *Meiſter* diſſ. cit. cap. 3. §. 8. in opuſc. p. 67. Strube rechtl. Bed. 4. Theil, 254 Seite.
(3) *Lauterb.* coll. th. pr. tit. de uſucap. §. 12. *Coccei* iur. controv. eod. tit. Quaeſt. 7.
(4) *Ludeking* Tract. de praeſcript. pag. 127. M. ſ. auch *Meiſter* diſſ. cit. in opuſc. pag. 71. ſqq.
(5) *Leyſer* ſp. 455. med. 12. 13. *Cramer* obſ. Tom. 2. pag. 427. *Raue* de praeſcript. p. 36.
(6) *Ludeking* tr. cit. cap. 5. n. 35. ſqq. p. 136. *Gilkenius* in tract. de uſucap. et praeſcript. pag. 300. n. 10. ſqq.

§. 397. Von dem ununterbrochenen Beſitze.

Die Verjährung erfordert drittens eine ununterbrochene Poſſeſſion. Dieſe Poſſeſſion muß aber keine bloſſe *naturalis*, ſondern *ciuilis* poſſeſſio ſeyn; das heiſt, ich muß die Sache, die ich verjähren will, in meinem eignen Namen, und in der Abſicht beſitzen, ſie als die meinige zu behalten. Wann ich eine Sache nur geliehen oder gemiethet habe; wann ſie bey mir deponirt,

ponirt, mir verpfändet iſt: und ich ſie auch 30 Jahre auf dieſe Art beſitze: ſo wird ſie darum nicht mein, weil ich kein poſſeſſor ciuilis bin; der animus rem ut propriam habendi bey mir nicht ſtatt findet. Das iſt nicht nöthig, daß ich allein während der ganzen Verjährungszeit die Sache beſitze; ſondern ich kann den Beſitz eines andern continuiren. Z. E. man ſtelle ſich vor, eine Sache ſoll in zehen Jahren verjährt werden; A hat ſie fünf Jahre beſeſſen; darauf an B verkauft; dieſer hat ſie drey Jahre in Beſitz gehabt; alsdann an C verkauft, und dieſer endlich iſt noch zwey Jahre im Beſitz geweſen. In dieſem Fall iſt die Sache präſcribirt, denn die fünf Beſitzjahre des A, die drey des B, und die zwey des C machen die ganze Präſcriptionszeit aus. Dieß drückt man kurz alſo aus: *ſucceſſor continuat poſſeſſionem auctoris ſui*; oder auch: tempora inter auctorem et ſucceſſorem coniunguntur (* [1]). Indeſſen iſt ein Unterſchied zwiſchen einem allgemeinen Succeſſor oder Erben, und einem *ſucceſſore ſingulari*, der nur eine einzelne Sache von einem andern bekommt. Wer z. E. mein Haus kauft, iſt mein ſucceſſor ſingularis. Ein ſucceſſor univerſalis ſuccedirt auf doppelte Art, a) *in poſſeſſione*, und b) *in fide*; das heißt, er bekommt nicht nur den Beſitz des anteceſſoris; ſondern wird auch als *bonae fidei* poſſeſſor angeſehen, wann der anteceſſor in bona fide war; als *malae fidei* poſſeſſor, wann der anteceſſor es geweſen iſt. Die Urſache liegt in der Regel heres et defunctus habentur pro una perſona. Daraus entſtehen dann folgende Diſtinctionen. Wann die Frage iſt, in wie weit der Succeſſor die Präſcription fortſetzen oder anfangen könne: ſo iſt entweder A) von einem univerſal Succeſſor die Rede, oder B) von einem beſondern. Im erſten Fall war a) der anteceſſor entweder in bona fide, oder b) in mala. Iſt jenes a) ſo kann der ſucceſſor die angefangene Verjährung vollenden, und zwar iſt es nach dem römiſchen Recht nicht nöthig, daß er ſelbſt in bona fide ſey. Dann dieſes Recht erfordert, wie wir aus dem vorhergehenden §. wiſſen, nur im Anfang bonam fidem. Im Fall b) aber kann der ſucceſſor gar nicht verjähren, wann er gleich ſelbſt in bona fide wäre; dann er ſuccedirt in die malam fidem ſeines Erblaſſers, oder wie unſer Autor ſagt: heres ſuccedit in vitia defuncti. Wir wollen zu dem Falle B) gehen, wann die Rede vom ſucceſſore ſingulari iſt. Hier diſtinguire man weiter: entweder war a) der *anteceſſor in bona fide*, oder b) *in mala*. Im erſten Falle a) kann der ſucceſſor die Verjährung fortſetzen, wann er in bona fide iſt. Iſt er aber in mala fide, ſo kann er ſie weder fortſetzen, noch eine neue anfangen (* [1]) Im zweyten Fall b) ſehe man zu, ob aa) der ſucceſſor auch in mala fide iſt, oder bb) nicht. Iſt er aa) ſelbſt in mala fide: ſo kann er keine Präſcription fortſetzen, und ſelbſt keine anfangen. Keine fortſetzen, dann der anteceſſor hat keine angefangen; keine anfangen, dann er ſelbſt

iſt

iſt in mala fide. Iſt hingegen bb) der ſucceſſor in bona fide, ſo kann er eine Verjährung anfangen, doch muß er zuweilen, wie wir §. 403. IV. hören werden, dreyßig Jahre lang beſitzen. Man ſehe die zu dieſem §. gehörige 25ſte Tabelle.

(1) *Oſ. Aurel.* de variantibus *Cuiac.* diſpunct. 46. in theſaur. *Otton.* Tom. 3. p. 799.

(2) *Coccei* iur. controv. tit. de uſucap. Quaeſt. 22.

§. 398. Von der Unterbrechung der Verjährung.

Der Beſitz des verjährenwollenden muß ruhig ſeyn. Die **Unterbrechung** einer angefangenen Verjährung heiſt vſurpatio. Sie kann geſchehen a) durch die Unterbrechung des Beſitzes; b) durch ein Geſetz c) durch Anſtellung einer Klage; auch d) in einigen Fällen durch eine auſſergerichtliche Proteſtation. Wann ſie a) durch Unterbrechung des Beſitzes geſchiehet: ſo heiſt ſie *uſurpatio naturalis.* Z. E. jemand will meine Taſchenuhr verjähren, ſie wird ihm aber geſtohlen oder geraubt, ehe die Verjährungszeit vollendet iſt (*1). Nun iſt ſeine Verjährung dergeſtalt unterbrochen, daß wann er auch wieder in den Beſitz kommt, er doch ganz von neuem zu verjähren anfangen muß. b) Durch ein Geſetz wird die Verjährung unterbrochen, wann während der Verjährungszeit ein Geſetz gegeben wird, das die Verjährung dieſer Sache verbietet (* 2). Die uſurpatio geſchiehet aber auch c) durch einen Proceß, und zwar nach dem alten römiſchen Recht durch die litis Conteſtation, eine gerichtliche Handlung, welche im Titel de officio iudicis erklärt werden ſoll. Nach den neuern Geſetzen aber wird ſchon durch die Citation die Verjährung unterbrochen. Wann es alſo morgen drey Jahre wird, daß ich eine bewegliche Sache durch rechtmäſſigen Titel, aber von einem non domino an mich brachte, und nun der wahre Eigenthümer kommt, eine Vindicationsklage anſtellt, mich citiren läßt; die Citation mir heute inſinuirt wird: ſo iſt die Verjährung unterbrochen. Ja wann ſich der Kläger alle Mühe gegeben hat, vor dem Ablauf der Verjährungszeit eine Citation zu erhalten: ſo iſt auch das ſchon genug (* 3). Was iſt aber die Wirkung dieſer Unterbrechung? Man mache einen Unterſchied: entweder wird der Proceß entſchieden, oder er bleibt liegen. Im letzten Fall kann ihn der Kläger binnen 40 Jahren wieder fortſetzen, und dieſe 40 Jahre fangen an zu laufen, vom letzten gerichtlichen Actus, der in dem Proceſſe geſchehen iſt. Wird aber der Proceß entſchieden: ſo fällt er entweder für den Kläger aus, oder für den Beklagten. Wann der Kläger gewinnt: ſo muß der Beklagte die Sache herausgeben, und kann ſich nicht darauf berufen, daß während des Proceſſes die Verjährungszeit zu Ende gegangen ſey. Gewinnt aber der Beklagte: ſo iſt es eben ſo gut, als ob der Proceß gar nicht angeſtellt worden wäre, und die Präſcription iſt nicht dadurch unterbrochen.

terbrochen. Z. E. ich habe im Jahr 1760. ein Gut gekauft, im Jahr 1765. macht A Anſpruch daran; der Proceß wird im Jahr 1769. entſchieden, und A mit ſeiner Klage abgewieſen. Im Jahr 1771. kommt B, und will das Gut vindiciren, ich ſetze ihm die Exception der Verjährung entgegen. Er replicirt: die Verjährung ſey durch den vom A angeſtellten Proceß unterbrochen worden, alſo noch nicht vollendet. Allein dieſe Replik iſt ohne Grund. Da ich von der Klage, die A anſtellte, losgeſprochen worden bin: ſo konnte dieſer ungerechte Proceß meine angefangene Verjährung nicht interrumpiren (*4). Endlich d) wird die Verjährung auch zuweilen durch eine auſſergerichtliche Proteſtation unterbrochen; in dem Falle z. E. wann ich dem Beſitzer ſolche Gründe vorlege, die ihn in malam fidem bringen. Mehrere Fälle hat Struv (*5).

In der Anmerkung ſtehet noch, der Landesherr hat das beſondere Vorrecht, daß, wann er etwas als eine rem fiſcalem oder dominicam verkauft, die Käufer ſogleich Eigenthümer werden, und der vorige Eigenthümer binnen vier Jahren gegen den Fiskus klagen muß. Man ſtelle ſich den Fall vor, daß der Fiskus das Vermögen eines Delinquenten confiſcirt, daß darunter eine Uhr iſt, die dem Delinquenten nicht gehört hat, daß der Fiskus das Vermögen verauctionirt, und ich die Uhr kaufe. Sobald ich ſie bezahlt und übergeben bekommen habe, iſt ſie mein, und der vorige Eigenthümer muß ſich an den Fiskus halten. Res fiſcales et dominicae waren übrigens bey den Römern darin verſchieden: die res fiſcales hatte der Kayſer; als Kayſer; der Staat hatte ſie ihm als ſeinem Oberhaupte gegeben: die res dominicas oder patrimoniales hatte er wie eine Privatperſon acquirirt.

(1) *Ludeking* tract. de uſucap. cap. 10. §. 8. giebt mehrere Exempel.
(2) *Berger* oec. iur. lib. 2. Tit. 2. th. 26. not. 12. Struben rechtl. Bed. 5. Theil, 280. Seite.
(3) *Wernher* part. 9. obſ. 229.
(4) *Wernher* part. 1. obſ. 30.
(5) Ex. 43. th. 28.

§. 399. Von der Verjährungszeit.

Endlich das vierte Erforderniß einer jeden Präſcription iſt **der Verlauf einer gewiſſen Zeit**, der Verlauf von 3. 10. 20. 30. 40. oder 100. Jahren. Die Verjährung, welche binnen 3. 10. und 20. Jahren vollendet wird, heiſt *praeſcriptio longi temporis*. Alſo longum tempus heiſt in dieſer Materie eine Zeit von 3. 10. oder 20. Jahren; longiſſimum tempus ein Raum von 30. 40. oder 100. Jahren. In welchem Fall aber iſt longum tempus hinreichend, in welchem iſt longiſſimum erforderlich?

§. 400. Fortſetzung.

Wann ich eine Sache 1) mit rechtmäſſigem Titel beſitze; und 2) die Sache ſelbſt zur Verjährung der langen Zeit fähig iſt: ſo wird ſie in 3. 10. oder 20. Jahren mein; a) in drey Jahren, wann es eine bewegliche Sache iſt; b) in zehen Jahren, wann ſie unbeweglich, und der wahre Eigenthümer gegenwärtig iſt; endlich c) in zwanzig Jahren, wann die Sache unbeweglich, der wahre Eigenthümer aber abweſend iſt. Alſo bey beweglichen Sachen kommt nichts auf die Gegenwart und Abweſenheit des Eigenthümers an. Dieſe Sachen werden ohne Unterſchied binnen drey Jahren verjährt. Hingegen bey unbeweglichen Sachen muß man zuſehen, ob der wahre Eigenthümer gegenwärtig iſt, oder nicht. Was heiſt aber gegenwärtig? Nach römiſchen Geſetzen heiſſe ich in dieſer Materie gegenwärtig, wann ich in derſelben Provinz wohne, worinn der wohnt, welcher meine Sache verjähren will. Aber da wir die Einrichtung mit Provinzen nicht haben, wie die Römer: ſo kann man heutigestags nur den für gegenwärtig halten, welcher mit dem Präſcribenten einerley Richter in erſter Inſtanz hat (*[1]). Z. E. wann zwey Dörfer in einem Amte liegen: ſo ſind die Einwohner derſelben in Rückſicht der Verjährung einander gegenwärtig. Stehen zwey Perſonen in erſter Inſtanz unter derſelben Regierungscanzley: ſo ſind ſie einander gegenwärtig, ob ſie gleich in verſchiedenen Städten wohnen.

Wie aber, wenn der, gegen welchen ich verjähren will, eine Zeitlang gegenwärtig und eine andere Zeitlang abweſend iſt? Z. E. ich bekomme im Jahr 1760. eine Sache in meinen Beſitz, und will ſie verjähren; der wahre Eigenthümer iſt von 1760. bis 1770. abweſend; von 1770. bis 1776. aber gegenwärtig; im Jahr 1776. ſtellt er die Vindicationsklage gegen mich an; ich ſetze ihm die Einrede der Verjährung entgegen; iſt die Verjährungszeit vollendet? Wenn man bedenkt, daß ich in zehen Jahren gegen einen gegenwärtigen, erſt in zwanzig Jahren aber gegen einen abweſenden verjähren kann: ſo wird ſich daraus der Schluß von ſelbſt geben, daß Ein Jahr der Gegenwart ſo viel gilt als zwey Jahre der Abweſenheit. Man kann alſo in Fällen, wo der Eigenthümer einige Jahre gegenwärtig und einige abweſend war, die Jahre der Gegenwart verdoppeln, und das doppelte nun als Jahre der Abweſenheit betrachten. Umgekehrt kann man auch die Jahre der Abweſenheit halbiren, und alsdann dieſe Hälfte für Jahre der Gegenwart anſehen. In dem gegebenen Exempel war

vom Jahr 1760. bis 1770.	der Eigenthümer abweſend,
von da bis 1776.	gegenwärtig.

Hier alſo ſind : : 10 Jahre der Abweſenheit.
: : 6 Jahre der Gegenwart.

Man verdopple die letztern, ſetze anſtatt der 6 Gegenwartsjahre, 12 Jahre der Abweſenheit. Nun hat man:

10 Jahre der wirklichen Abweſenheit.
12 Jahre der Abweſenheit, welche durch das verdoppeln der Gegenwartsjahre entſtanden ſind.

Summe 22 Jahre der Abweſenheit.

Demnach wäre die Zeit der Verjährung vollendet. Oder man laſſe die 6 Jahre der Gegenwart ſtehen, halbire aber die 10 Jahre der Abweſenheit, und addire die Hälfte zu jenen 6 Jahren, alſo ſetze

6 Jahre der wirklichen Gegenwart.
5 Jahre der Gegenwart, welche durch das halbiren der Abweſenheitsjahre entſtanden ſind.

Summe: 11 Jahre der Gegenwart.

Folglich iſt auch nach dieſer Rechnung die Präſcriptionszeit vollendet (*[2]).

(1) *Hahn* ad *Weſenb.* tit. de uſucap n. 7. verb. decem annor. *Ludeking* de praeſcription. pag. 161. n. 69. *Stryck* uſ. mod. tit. de uſucap. §. 7. *Berger* O. I. lib. 2. Tit. 2. §. 24. not. 2.

(2) Nov. 119. cap 8. *Meiſter* diſſ. vindiciae legislationis Iuſtinianeae de mixto tempore computando, in opuſc. n. 8.

§. 401. Vom rechtmäſſigen Titel.

Die praeſcriptio longi temporis erfordert einen rechtmäſſigen Titel, das heiſt einen Titel, welcher verbunden mit der Tradition, mich ſogleich zum Eigenthümer gemacht hätte, wann nur mein auctor befugt geweſen wäre,

die

die Sache auf mich zu übertragen. Z. E. der Tauſchcontract iſt ein Titel, edr mich zum Eigenthümer macht, ſobald mir die Sache von einem tradirt iſt, welcher das Recht zu tradiren hat; er iſt alſo auch in der Verjährung ein rechtmäſſiger Titel. Folglich iſt es nicht genug, 1) daß ich mir einbilde, einen rechtmäſſigen Titel zu haben; ich muß ihn wirklich haben; wann nicht mein Irrthum Entſchuldigung verdient. Ein Irrthum nemlich, welcher aus Unwiſſenheit der Geſetze entſteht, verdient der Regel nach keine Entſchuldigung (*[1]); wohl aber der, welcher ſich auf die Unwiſſenheit eines facti gründet; woſern nur dieſe Unwiſſenheit nicht eine groſſe Nachläſſigkeit (culpam latam aut levem) vorausſetzt (*[2]). Man ſtelle ſich vor, daß mir ein Pupill etwas ohne die Einwilligung des Vormundes verkauſt, und ich glaube, daß er dazu befugt ſey. Hier iſt ein error iuris, der keine Entſchuldigung verdient, vorhanden; ich habe alſo keinen gerechten Titel. Hingegen wann z. E. mein Sklave, mein Sohn, mein Vormund mir eine Sache bringt, und vorgiebt, daß er ſie gekauft habe, da er ſie doch gefunden hat; ich hinreichenden Grund hatte, dieſes Vorgeben zu glauben: ſo bin ich in errore facti, und zwar einem ſolchen, der Entſchuldigung verdient 2) **Ein fingirter Contract** giebt keinen gerechten Titel. Z. E. weil Ehegatten einander nichts ſchenken dürfen, ſo ſimuliren ſie einen Kaufcontract; die Frau verkauft dem Mann das Haus zum Schein, das ſie ihm wirklich ſchenkt. Dieſer Scheinkauf giebt ihm keinen gerechten Titel. Auch 3) **ein wiederruflicher Handel** iſt nicht hinreichend. Dergleichen iſt donatio mortis cauſa. Wann ich einem etwas ſchenke; aber ſo, daß die Schenkung erſt nach meinem Tode gelten ſoll: ſo heiſt ſie donatio mortis cauſa. Eine ſolche Schenkung kann ich widerrufen, ſo lang ich lebe. Geſetzt aber, ich tradire die geſchenkte Sache dem donatario, und er behält ſie lange Zeit im Beſitz: hat er ſie in dieſem Falle verjährt? Nein, dann der Titel iſt widerruflich. Wer übrigens eine Sache ohne rechtmäſſigen Titel beſitzt, iſt darum nicht ganz auſſer Stande zu verjähren; woſern er anders ciuiliter beſitzt. (§. 397.) Er kann nur nicht uſucapiren, oder in langer Zeit verjähren; ſondern muß 30 Jahre lang beſitzen L. 8. §. 1. Cod. de praeſcript. 30 vel 40 annor.

(1) Die Ausnahmen hat *Meiſter* progr. cit. §. 19.
(2) *Meiſter* progr. cit. §. 22.

§. 402. Fähigkeit der Sache zur Uſucapion.

Die praeſcriptio longi temporis erfordert aber auch **die Fähigkeit der Sache**. Manche Sachen nemlich können zwar überhaupt verjährt werden, aber doch nicht in langer Zeit. Man muß ſie 30. 40. oder 100. Jahre lang beſitzen, ehe man ſie verjähren kann. Dieſe Sachen werden in den drey folgenden Paragraphen erzählt.

§. 403. Von der dreyſigjährigen Präſcription.

Nemlich dreyſig Jahre ſind erforderlich zur Verjährung, 1) wann die Sache, die ich verjähren will, *res vitioſa*, das heiſt geſtohlen oder geraubt iſt. Der Dieb und Räuber ſelbſt kann dergleichen Sachen nie präſcribiren, und wann ſie ein dritter auch durch den gerechteſten Titel erlangt, und optima fide beſitzt: ſo kann er ſie doch nicht eher, als in dreyſig Jahren präſcribiren. Schon in den Geſetzen der 12 Tafeln, und nachher in der lege Atinia war verordnet, daß res furtivae nicht ſollten uſucapirt werden können (* 1). Uebrigens bemerke man noch, eine geſtohlne oder geraubte Sache bleibt ſo lange res vitioſa, bis ſie wieder an ihren vorigen Eigenthümer zurückkommt. So bald das geſchiehet: ſo iſt das *vitium* purgirt, wie die Juriſten ſagen. Nun kann die Sache wieder in der gewöhnlichen Zeit verjährt werden.

2) **Sachen eines Minderjährigen.** Nemlich wann ich dergleichen Sachen verjähren will: ſo kann es auf doppelte Art geſchehen: a) wann ich die Zeit der Minorennität abrechne: ſo kann ich in langer Zeit präſcribiren. Z. E. ich habe die bewegliche Sache eines Minderjährigen im Jahr 1770. gekauft; er wird majorenn im Jahr 1772. Von dieſem Jahr an lauft ihm die praeſcriptio longi temporis; nach drey Jahren alſo habe ich die Sache uſucapirt. Man kann aber auch b) dergleichen Sachen in dreyſig Jahren präſcribiren, und in dieſem Falle braucht man die Zeit der Minderjährigkeit nicht abzurechnen. (* 2) Z. E. ich kaufe das Landgut eines abweſenden Minorennen im Jahr 1740, er wird majorenn im Jahr 1751. In dieſem Falle iſt meine dreyſigjährige Präſcription im Jahr 1770. geendigt; dann die Zeit vom Jahr 1740. bis 1751. wird nicht abgezogen. Von den Sachen der Pupillen iſt oben geſprochen worden. (§. 395.)

3) Die *res adventitiae filiorum familias*. Wann nemlich Kinder in väterlicher Gewalt ſind, und eigenes Vermögen beſitzen, das nicht im Militärſtande, auch nicht durch die Wiſſenſchaften erworben iſt: ſo heiſt es peculium adventitium. (§. 430.) Dieſes darf der Vater nicht veräuſſern; thut er es aber dennoch: ſo lauft a) die Verjährung den Kindern nicht, ſo lang ſie in der väterlichen Gewalt ſind (* 3); wird aber b) dieſe geendiget: ſo fängt die dreyſigjährige Präſcription zu laufen an.

4) Die Sachen, welche ein malae fidei poſſeſſor alienirt. Er ſelbſt kann nie die Sache durch Verjährung erlangen; wann er ſie aber alienirt, und der jetzige Beſitzer in bona fide iſt: ſo kann ſie dieſer doch nicht eher als in 30 Jahren präſcribiren. Dann die Alienation einer fremden Sache, welche der Beſitzer wiſſentlich vornimmt, iſt eine Art von Diebſtahl, und macht alſo die Sache zu einer re vitioſa. (* 4) Doch bemerke man die Einſchränkung: wann der wahre Eigenthümer nicht weiß, daß ihm die Sache gehöre,

und

und an mich veräuſſert worden ſey; dann weiß er dieß, und ſitzt doch ſtille: ſo kann der Beſitzer in langer Zeit verjähren (* 5).

5) Sachen, deren Veräuſſerung durch ein Geſetz oder Teſtament verboten iſt; Z. E. wann der Ehemann eine ihm von der Frau als Heyrathsgut zugebrachte unbewegliche Sache (fundum dotalem) widerrechtlicher Weiſe verkauft; (§. 418.) oder wann ein Gut im Teſtament mit einem Familienfideicommiß belegt iſt; das heiſt, der Erblaſſer hat verordnet, daß es nicht veräuſſert werde, ſondern beſtändig bey ſeiner Familie bleiben ſoll; und einer von der Familie es gleichwohl veräuſſert. In beyden Fällen kann der Beſitzer die Sache erſt binnen 30 Jahren präſcribiren.

(1) *Adr. Pulvaei* tr. de lege Atinia, in *Otton*. Theſ. Tom. 4. und in *Conradi* triga libellor. de uſucap.
(2) L. 5. C. in quib. cauſis in integr. reſtit. *I. H. Boehmer* diſſ. de curſu praeſcript. contra minores ſuſpenſo §. 7. ſqq. in Exerc. ad P. Vol. 5. p. 384. ſqq. *Leyſer* ſpec 463. med. 1. 2.
(3) In dieſem und in andern Fällen, wo eine gewiſſe Zeit in der Berechnung der Verjährungszeit nicht angeſetzt werden kann, wo die Verjährung eine Zeit lang nicht fortlauft, ſondern ſtill ſteht, ſagt man die Verjährung ſchlafe. So ſchläft alſo die Verjährung a) ſolang der Eigenthümer unmündig iſt, b) in Kriegszeiten, c) wenn alle Gerichte geſchloſſen ſind, (tempore iuſtitii); d) ſolang die Kinder, deren adventitia vom Vater veräuſſert werden, in der väterlichen Gewalt ſind. Endlich ſchläft auch e) die praeſcriptio *longi temporis* ſolang als der Eigenthümer minderjährig iſt. *Rave* de praeſcriptione § 30. ſqq. Cramer Wetzlar. Nebenſt. 15. Th. 11. Abh.
(4) *Leyſer* ſp. 455. Cor. 2.
(5) Strube rechtl. Bed. 1. Th. 25. S.

§. 404. Von der vierzigjährigen.

Nicht eher als in 40 Jahren werden verjährt 1) *res fiſcales* und *patrimoniales principis*. Wie dieſe beyde Arten von Sachen verſchieden ſind, habe ich im 398. §. geſagt. Heutigestags wollen verſchiedene Juriſten bey Sachen des Fiskus keine andere, als Immemorialverjährung zulaſſen; aber ohne Grund. (* 1) 2) Die unbewegliche Sachen der Kirchen. Nach dem römiſchen Recht können dieſe Sachen nicht anders, als in 100. Jahren präſcribirt werden, wie die L. 23. C. de SS. eccleſ. und Nov. 9. zeigen; aber nach dem canoniſchen Recht C. 13. 14. et 17. X. de praeſcript. C. 2. de praeſcript. in 6. und der Praxis (* 2) reichen 40 Jahre hin. 3) Die Sachen der Städte. Sieht man auf die Geſetze: ſo werden dieſe Sachen in langer Zeit verjährt, und die Städte haben kein Privilegium, einige Fälle ausgenommen. (* 3) Indeſſen iſt in der Praxis der Satz angenommen, daß res civitatis erſt binnen 40 Jahren verjährt werden können. (* 4)

(1) *Hert.* deciſ. 519. n. 1. 2. *Horn.* claſſ. 2. Reſp. 9. n. 18. 19. pag. 106. *Leyſer* ſp. 458 M. 1. ſqq. Strube rechtl. Bed. 4. Th. 16. Seite.
(2) *Leyſer* ſp 459. med. 3.
(3) *Groening* diſſ. de praeſcriptione contra civitates (Giſſ. 1775.) §. 5.
(4) *Cramer* obſ. Tom. 4. p. 354.

§. 405. Von der hundertjährigen.

Die hundertjährige Präſcription endlich hat ſtatt bey den Sachen, welche der römiſchen Kirche, das heiſt, dem Pabſte als Biſchoffe zu Rom gehören. In der angeführten auth. heiſt es: ſola romana eccleſia gaudente C. annorum ſpatio vel privilegio. Ob nun gleich dieſe Worte der Nov. 131. Cap. 6. woraus die authentica genommen iſt, nicht gemäß ſind: ſo iſt doch der Satz ſelbſt durch das canoniſche Recht (C. 14. X. de praeſcriptione) beſtätiget, und in der Praxis angenommen (* 1).

(1) *Groening* l. c. §. 7. p. 28. 29.

§. 406. Von der unvordenklichen Verjährung.

Eine Aehnlichkeit mit der Verjährung hat die ſogenannte unvordenkliche Verjährung, *praeſcriptio immemorialis*. Wann ich nemlich ſo lange im Beſitz einer Sache oder eines Rechtes geweſen bin, als alte Leute ſich erinnern können: ſo ſagt man, ich ſey von unvordenklicher Zeit her im Beſitz. Aus dieſem Beſitz entſtehet eine Vermuthung, daß ich oder meine Vorfahren dieſe Sache oder dieſes Recht vormals rechtmäßig an ſich gebracht haben, und wann ich mich auf dieſe Vermuthung berufe: ſo ſagt man: ich gründe mich auf die unvordenkliche Verjährung. Z. E. alte Leute in einem Orte ſagen aus, daß, ſo lange ſie ſich zurück erinnern könnten, ich und meine Vorfahren in dem nahgelegenen Walde gejagt hätten. Ich bin alſo im unvordenklichen Beſitze der Jagdgerechtigkeit, und wann man mir dieſelbe ſtreitig machen will, ſo kann ich mich mit der Immemorialpräſcription ſchützen.

Man ſieht leicht, wie dieſe Präſcription von der eigentlichen Verjährung verſchieden iſt. a) Die eigentliche Verjährung iſt eine Erwerbungsart, modus adquirendi); dieſe aber eine Art zu beweiſen, (modus probandi praeſumtivus.) (*1) b) Wann ich eine wahre Präſ ription für mich habe: ſo iſt das Recht des vorigen Eigenthümers verlohren; wann ich hingegen ſeit undenklichen Jahren im Beſitz bin, und mein Gegentheil beweiſt vitioſum initium; das heiſt, er zeigt, daß ich oder meine Vorfahren die Sache nicht auf rechtmäſſige Art erworben haben: ſo hilft mich mein unvordenklicher Beſitz nichts. c) Wo eine wahre Präſcription eintritt, da iſt gewiß, daß mein Gegentheil ein Recht gehabt, und es nicht auf mich übergetragen, ſondern durch die Verjährung verlohren habe. Wann aber eine Immemorialpräſcription erwieſen iſt;

iſt: ſo wird vermuthet und angenommen, daß der Gegentheil ſein Recht auf mich geſetzlich transferirt habe. d) Auch in ſolchen Fällen, wo die eigentliche Verjährung ganz aufgehoben und verboten iſt, findet doch praeſcriptio immemorialis ſtatt. Nemlich in allen Fällen, wo eine rechtmäßige Acquiſition nur auf irgend eine Weiſe möglich iſt, kann man ſich auf den unvordenklichen Beſitz berufen, und aus ihm den wahrſcheinlichen Schluß ziehen, daß man die Sache oder das Recht legitim erworben habe.

Ich habe geſagt, ein unvordenklicher Beſitz ſey vorhanden, wann alte Leute ſich nicht erinnerten, es anders geſehen zu haben. Was ſind aber alte Leute? Gemeiniglich ſagt man, einer müſſe 54 Jahre haben, wann er in dieſer Materie für alt paſſiren wolle. (* 2) Allein die Geſetze enthalten dieſe Beſtimmung nicht, ſie erfordern nur *teſtes ſenes*, und die Gründe, womit man dieſe Meynung unterſtützen will, ſind ſehr nichtig. (* 3) Nach dem Redegebrauch fängt das Alter im fünfzigſten Jahre an. Daher ſagen andere richtiger, ein Zeuge, der durch ſeine Ausſage eine Immemorialverjährung begründen ſoll, muß wenigſtens 50 Jahre alt ſeyn (* 4).

(1) *Reinharth* ad *Chriſtin.* Vol. 4. obſ. 50. p. 52.
(2) *Kreſſ.* de natura ac indole vetuſtat. cap. 4. §. 5. p. 113. *Ockel* de praeſcript. immemor. cap. 12. th. 2. p. 340.
(3) *Rave* p. 424.
(4) *Puſendorf* Tom. I. obſ. 151. §. 4.

§. 407. Von der actione reſciſſoria.

Die Verjährung iſt ein Erwerbungsmittel. Wann ich alſo eine Sache verjährt habe, ſo bin ich Eigenthümer, und das Recht des vorigen Eigenthumsherrn iſt erloſchen. Will er die Sache von mir vindiciren: ſo ſetze ich ihm exceptionem praeſcriptionis entgegen. Indeſſen giebt es Fälle, wo der Prätor eine wirklich vollendete Verjährung aufhebt, und dem Eigenthümer, deſſen Sache ich verjährt habe, eine Klage gegen mich verſtattet, vermöge welcher ich die Sache herausgeben muß. Dieſe Klage heiſt *actio reſciſſoria*, und hat in zwey Fällen ſtatt, 1) wann ich aus gerechten Urſachen von meinem Wohnorte abweſend bin; z. E. in öffentlichen Geſchäften oder Studirenswegen auf der Academie, und ein anderer während dieſer Abweſenheit etwas von meinen Sachen verjährt. Dann der Prätor hielt es für unbillig, daß mir meine gerechte Abweſenheit nachtheilig ſeyn ſollte. 2) Wann ein anderer von ſeinem und meinem gemeinſchaftlichen Wohnorte abweſend iſt; etwas von meinen Sachen bey ſich hat und verjährt. Auch hier reſcindirt der Prätor die Verjährung, weil ich durch des andern Abweſenheit auſſer Stand geſetzt wurde, meine Rechte zu verfolgen, alſo keiner Nachläßigkeit ſchuldig bin. Ob aber in dieſem zweyten Falle nicht nach den neuern römiſchen Geſetzen ein an-

deres

deres Rechtens ſey, iſt ſtrittig. Nemlich L. 2. Cod. de annal. exc. ſagt, wann ein Abweſender etwas von meinen Sachen verjähren will: ſo kann ich bey der Obrigkeit, oder bey dem Biſchoff, oder auch in einem öffentlichen Anſchlage eine Proteſtation einlegen, und dadurch den Lauf der Verjährung hindern. Daraus machen verſchiedene Juriſten (* 1) den Schluß, wer dieſe Proteſtation unterläßt, iſt ſelbſt Schuld daran, daß ſeine Sache verjährt wird, und kann ſich alſo auf den Beyſtand des Prätors keine Rechnung machen. Aber andere glauben mit Recht, daß durch die L. 2. Cod. cit. die prätoriſche Rechtswohlthat nicht aufgehoben ſey; dann es kann ja ſeyn, daß der Eigenthümer von ſeinem Recht nichts wußte; und dieſe Meynung iſt auch in der Praxis angenommen (* 2)

Die Note vergleicht die actionem reſciſſoriam mit der Publiciana. Wir haben nemlich oben gehört, (§. 345.) daß der Prätor zuweilen fingirt, jemand habe das Eigenthumsrecht erworben, der doch dieſes nicht vollkommen beweiſen kann, und daß die aus einem ſolchen fingirten Eigenthum entſtehende Klage von ihrem Erfinder dem Prätor Publicius actio Publiciana heiſſe. Hier fingirt derſelbe Prätor, daß einer das Eigenthum noch habe, der es doch durch Verjährung verlohren hat. Die actio reſciſſoria und Publiciana haben alſo einerley Urheber, und die reſciſſoria wird daher in dem angeführten Geſetz auch Publiciana genennt.

(1) J. E. *Boehmer* introd. in ius digeſt. tit. quib. ex cauſ. maior. §. 2.
(2) *Lauterbach* coll. th. pr. tit. quib. ex cauſ. maior. §. 12. *Huber* praelect. ad pand. eod. tit. §. 2. *Titius* in iur. privat. lib. 2. cap. 10. §. 14. *Knorr* ad *Ludovici* obſ. 166.

TIT. VII.

De donationibus.

§. 408. Was iſt die Schenkung?

Wann ich einem erkläre, daß er eine Sache eigenthümlich und umſonſt (gratis) von mir erhalten ſoll, ſo habe ich ihm eine Schenkung gemacht. Umſonſt oder unentgeldlich etwas erhalten, heiſt, es ſo erhalten, daß der Geber kein vollkommenes Recht, kein Zwangsrecht hat, wieder etwas dagegen zu verlangen. Die Schenkung kann aber auf zweyerley Art geſchehen,

1) ſo

1) ſo daß ich die Sache ſogleich übergebe; 2) daß ich nur verſpreche, der andere ſolle die Sache bekommen. Im erſten Fall iſt die Schenkung ein modus adquirendi; dann der andere wird ſogleich Eigenthümer; im letzten aber iſt ſie nur ein titulus; dann der donatarius bekommt nur ein ius ad rem; es wird ihm nur möglich gemacht, die Sache zu erwerben. In dieſem letzten Falle alſo iſt die Schenkung ein Vertrag, daß ich meine Sache dem andern umſonſt überlaſſen will; und geſchiehet entweder Todes wegen, oder unter den Lebendigen.

Die Anmerkung ſagt: Juſtinian rechnet zwar im Texte der Inſtitutionen die Schenkung unter die bürgerliche Erwerbungsarten, aber mit Unrecht; dann das Naturrecht kennt ſie ſchon; ſie iſt alſo ein modus adquirendi *naturalis*. Man führt zur Vertheidigung Juſtinians an, die Schenkung ſey nach dem alten römiſchen Rechte durch eine Stipulation geſchehen, und dieſe ſey eine Erfindung der bürgerlichen Geſetze. Andere ſagen, die Schenkung von Todes wegen erfordere fünf Zeugen, und davon wiſſe das Naturrecht nichts. Noch andere führen an, die donatio propter nuptias ſey im Naturrecht nicht bekannt. Contius glaubt, die Schenkung ſey nach dem Naturrecht ohne Tradition nicht gültig. Da aber nach Juſtinianeiſchem Recht das bloſe Verſprechen ſchon eine Klage wirke: ſo ſey die Schenkung ein modus adquirendi ciuilis. (* 1) Allein alle dieſe Gründe ſind, wie man leicht ſieht, nicht hinlänglich, die Verfaſſer der Inſtitutionen gegen den Vorwurf eines Irrthums zu rechtfertigen.

(1) Lib. 1. diſput. cap. 13. opp. pag. 186. ſqq.

§. 409. Unterſchied der donationis mortis cauſa und inter vivos.

Die donatio mortis cauſa iſt eine Schenkung, deren Vollkommenheit vom Tode des Schenkenden abhängt, das heiſt die nicht eher unwiderruflich iſt, als bis der Schenkende ſtirbt. Z. E. ich ſchenke dir auf den Fall, daß ich ſterbe, mein Haus; ſo lange ich lebe, ſollſt du kein unwiderrufliches Recht auf das Haus haben; erſt alsdann wann ich todt bin, ſoll die Schenkung feſt und unverbrüchlich ſeyn. Donatio inter vivos aber heiſt eine jede, deren Vollkommenheit nicht von dem Tode des Schenkenden abhängt.

In der Note werden dieſe Definitionen noch weiter aufgeklärt. 1) Wo eine Schenkung von Todes wegen vorhanden ſeyn ſoll, da muß die Vollkommenheit der Schenkung vom Todesfalle abhängen. Wann die Schenkung ſogleich gültig und unwiderruflich iſt; und nur die Conſummation, das heiſt, die Uebergabe, der Beſitz, der Genuß der geſchenkten Sache, bis auf das Abſterben des Schenkenden verſchoben wird: ſo iſt es eine donatio inter vivos. Z. E. ich ſchenke dir mein Haus; die Schenkung ſoll unverbrüchlich ſeyn, und

du ſollſt ein irrevocables Recht auf das Haus haben, ich behalte mir aber den Beſitz und Niesbrauch vor, ſo lange ich lebe. (* 1) 2) Bey der Schenkung von Todes wegen hängt die Vollkommenheit des Geſchäftes vom Tode des Schenkenden ab. Wann ſie auf den Tod eines dritten verſchoben wird: ſo iſt es keine donatio mortis cauſa; z. E. auf den Fall, wann mein Oheim ſterben wird, ſollſt du mein Haus haben. Dieſe Schenkung iſt inter vivos; weil ſie ſich aber doch auf einen Todesfall bezieht: ſo heiſt ſie *mortis cauſa capio*.

Die donatio inter vivos iſt entweder *relata* oder *ſimplex*, ſ. *abſoluta*; die relata entweder *remuneratoria* oder *modalis*. Wann ich einem etwas ſchenke in Rückſicht einer gewiſſen Preſtation: ſo heiſt es donatio relata; ſchenke ich ohne ſolche Rückſicht, ſimplex oder abſoluta. Hat mir der andere ſchon etwas geleiſtet, das iſt, gegeben oder gethan, und ich mache ihm zur Belohnung ein Geſchenk, ſo iſt es donatio remuneratoria. Soll aber der andere erſt noch etwas leiſten, z. E. ich ſchenke dir 100 Thlr. um dich in die Bürgerſchaft einzukaufen: ſo heiſt es donatio modalis.

Die Diſtinction zwiſchen Schenkungen von Todes wegen, und unter den Lebenden, iſt übrigens ſehr practiſch. Dann 1) die letztere iſt ein Vertrag; die erſtere ein Mittelding von Vertrag und letztem Willen. Unten im zehenten Titel des zweyten, und vierzehenten Titel des dritten Buchs werden die Begriffe vom letzten **Willen und Vertrage** vollſtändig entwickelt werden. Hier bemerke man vorläufig: wann ich erkläre, daß jemand nach meinem Tode etwas von meinem Vermögen bekommen ſoll; er aber dieſe Erklärung nicht acceptiren kann: ſo habe ich einen letzten **Willen** erklärt. Wann ich hingegen einem etwas verſpreche, und er mein Verſprechen acceptirt: ſo iſt ein **Vertrag** vorhanden. Ein ſolcher Vertrag iſt nun die donatio inter vivos. Dann ich erkläre, der andere ſoll meine Sache unentgeltlich haben, und er acceptirt dieſe Erklärung. Hingegen die donatio mortis cauſa hat einiges mit Verträgen, und einiges mit letzten Willen gemein; (fluctuat inter conventionem et ultimam voluntatem.) (S. §. 414.) Richter (* 2) behauptet zwar, ſie ſey ein bloſſer reiner letzter Wille. Allein dieſe Meynung wird durch die L. 35. §. 3. D. de m. c. donat. widerlegt. (* 3) 2) Die donatio inter vivos producirte nach dem alten römiſchen Recht keine Klage, wann ſie nicht durch eine Stipulation geſchah, das heiſt, wann ich einem etwas zu ſchenken verſprach, aber mit blos gemeinen Worten, ohne Formel (ſine verbis ſolennibus): ſo konnte ich aus dem Verſprechen nicht belangt werden. Juſtinian hat dieſes in dem angeführten Geſetz abgeſchaft, und verordnet, daß eine Schenkung unter den Lebendigen eine Klage wirken ſolle, wann ſie auch mit gemeinen Worten, ohne Formel erklärt wird. Die Schenkung iſt alſo nunmehr

nunmehr ein pactum legitimum (* 4) und die daraus entſtehende Klage heiſt condictio ex L. 35. §. ult. Codicis de donationibus.

(1) *Vinn.* ad L. h. t. n. 1. *Stryk* uſ. mod. Pand. eod. tit. §. 2. *Cramer* obſ. iur. univ. Tom. 4. obſ. 237. Uebrigens kann man einem mortis cauſa auch dergeſtalt ſchenken, daß er ſogleich Eigenthümer werden ſoll. Nur iſt ſein Eigenthum revocabel. L. 2. D de m. c. donat.

(2) *Io. Tob. Richter* diſſ. de acceptatione in dom. m. c. non neceſſaria §. 4. ſeqq.

(3) S. auch *Maſii* ſingular. opin. lib. 6. cap. 6. n. 7. 8.

(4) Kein Contract in eigentlichem Verſtande *Rebhan* paralipom. Meierian. fol. 321. *Hunn.* ad *Treutler* Vol. 3. Diſp. 20. theſ. 1. *Gottfr. Barth* diſſ. de negatione contractuum unilateral. §. 2. in collect. diſſ. p. 624. ſqq.

§. 410. Regeln von den Schenkungen überhaupt.

Jede Schenkung, ſowohl die unter den Lebendigen, als die von Todes wegen, iſt ein Vertrag. Sie erfordert alſo 1) zu ihrer Gültigkeit alles, was zu einem gültigen Vertrage erfordert wird: freye Einwilligung ſolcher Perſonen, welche Verſtand und Willen haben, über einen Gegenſtand, über den ſie diſponiren können, u. ſ. w. (§. 733.) u. ſ. f. Iſt die Schenkung erzwungen oder durch Betrug erſchlichen, ſo haben die Exceptionen und Rechtsmittel dagegen ſtatt, welche gegen andere Verträge dieſer Art verſtattet ſind.

2) Alle Sachen, welche ein Gegenſtand des Commerzes ſind, d. i. über welche man Verträge ſchlieſſen kann, können verſchenkt werden. Nur haben viele Juriſten behauptet, man könne nicht ſein ganzes Vermögen, gegenwärtiges und zukünftiges verſchenken. (* 1) Allein ihre Gründe halten die Prüfung nicht aus. (* 2) Uebrigens muß ein ſolcher donatarius univerſalis alle Schulden des donatoris, welche vor der Schenkung gemacht ſind, bezahlen (* 3).

3) Da Vater und Kinder, ſolange dieſe in väterlicher Gewalt ſind, als Eine Perſon betrachtet werden, und nicht mit einander paciſciren können, ſo können ſie einander auch nichts ſchenken. Ausnahmen ſind a) wann der Vater den Kindern etwas ſchenkt, was zu einem peculio caſtrenſi oder quaſi caſtrenſi wird. L. 4. C. famil. herciſc. (III. 36.) So wie umgekehrt Kinder, welche ein peculium caſtrenſe oder quaſi caſtrenſe haben, davon ihrem Vater ſchenken können. Arg. L. 3. §. 3. 4. D. de donat. int. vir. et uxor. L. 52. §. 5. et 6. D. de furt. b) Wann der Vater den Kindern die Früchte ihres peculii adventitii ordinarii überläßt; dieß gehet an. L. 6. §. 2. C. de bon. quae lib. (VI. 60.) Aber auch in andern Fällen wird die Schenkung, welche der Vater an die Kinder gemacht hat, gültig, wenn der Vater ſtirbt, oder das Kind emancipiret, ohne die Schenkung widerrufen zu haben. L. 25. C. de donat. inter vir. et uxor. (V. 16.) L. 31. §. 2. ff. L. 17. pr. Cod. h. t.

(VIII. 54.) (* 4) daß zwiſchen emancipirten Kindern und dem Vater; deßgleichen zwiſchen Kindern und Mutter Schenkungen ſtatt finden, iſt auſſer Zweifel.

(1) *Bachov* diſput. miſcellan. cap. 13. p. 137. ſqq. *Fachin.* controv. lic. 6. cap. 87. 93. *Ant. Faber* conieċt. lib. 10. cap. 20. *Tuldenus* ad Pand. h. t. cap. 10 *Carpzov* lib. 5. reſp. 65.

(2) *Rebhan* paralipom. Meier. fol. 323. *Leyſer* ſp. 433. med. 2. *Coccei* ius controv. h. t. quaeſt. 6. *Walch* l. c. p. 291.

(3) *Voet* ad Pand. h. t. §. 20. Strube rechtl. Bed. 1. Th. 178. Bed.

(4) Allein von welcher Zeit an iſt die durch den Tod des Vaters beſtätigte Schenkung gültig? Gleich vom Anfange, oder erſt vom Tode des Vaters an? Iſt der Sohn ſchon bey Lebzeiten des Vaters Eigenthümer, zieht er die Früchte? Die verſchiedene Meynungen erzählt und beurtheilt *Maſius* ſingular. opin. lib. 5. cap. 8.

§. 411. Grundſätze von der Schenkung unter Lebendigen.

Die Schenkung unter den Lebendigen iſt ein wahrer, reiner Vertrag. Es wird daher 1) die Acceptation des donatarii zu ihrer Gültigkeit erfordert. Zu jedem Vertrage gehört Verſprechen und Acceptation. Solang die leztere fehlt, iſt kein verbindliches Pactum vorhanden, alſo auch keine Schenkung. Dieſen in dem Recht der Natur und der Rechtsanalogie gegründeten Saz beſtätigen auch die römiſche Geſetze. L. 55. D. de obligat. et act. ſagt: in omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium; nam ſive ea venditio, *ſive donatio*, ſive conductio, ſive quaelibet alia cauſa contrahendi fuit, niſi animus utriusque conſentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non poteſt. Und L. 26. C. de donat. (VIII. 54.) ſchreibt vor, daß wenn man einem Kinde etwas ſchenken will, ein Sklave des Kindes die Schenkung acceptiren ſolle. Wann daher einige Juriſten (* 1) haben behaupten wollen, daß die Schenkung, wenigſtens nach neuem Juſtinianeiſchen Recht, keine Acceptation erfordere, ſo iſt es eine Paradoxe, die keinen Beyfall verdient. (* 2) 2) Ein jeder gültiger Vertrag iſt unwiderruflich, kein Theil kann ohne des andern Einwilligung davon abgehen. Alſo iſt auch eine gültige Schenkung unter den Lebendigen irrevocabel.

(1) *Ant. Faber* de error. pragmat. Decad. 47. error. 1. pag. m. 1054. *Io. Pet.* de *Ludewig* diſſ. de diff. iur. rom. et germ. in donat. et barbari adverſus acceptatione (Hal. 1721. in diſſ. ſelect. Vol. 3. n. 21.) differ. 2. et 3.

(2) *Schilter* Ex. 43. th. 24. *Gundlingian.* Part. 29. obſ. 2. 3. 4. *Leyſer* ſp. 433. med. 8. *Voorda* interpret. lib. 3. cap. 19. *Walch* controv. p. 292. *Io. Frid. Wernher* diſſ. de acceptat. in donat. neceſſaria, Viteb. 1724. *Ge. God. Schwope* diſſ. de acceptatione, quoad vocis ſenſum haud barbaro donationis adnexu. Lipſ. 1778.

§. 412.

§. 412. Fortſetzung.

Weil indeſſen doch der Schenkende ſeine Sache umſonſt weggiebt, ſo iſt es zuweilen erlaubt, ſie ganz oder zum Theil zu widerrufen, umzuſtoſſen und zurückzunehmen. Eine Schenkung kann nemlich 1) aufgehoben werden, wann ſie *inofficioſa* iſt. Gewiſſen Perſonen muß ich einen Theil meines Vermögens nothwendig hinterlaſſen, nemlich meinen Kindern, Eltern, und zuweilen auch den Geſchwiſtern. Dieſer Theil heiſt **Pflichttheil**, (§. 473.) und jede Handlung, wodurch derſelbe einem benommen oder geſchmälert wird, heiſt *inofficioſa*: alſo auch die Schenkung iſt inofficioſa, wodurch dem Pflichttheil Eintrag geſchieht. Man ſtelle ſich vor, mein Vermögen wäre 12000 Thlr., meiner Kinder wären vier. In dieſem Falle iſt der Pflichttheil für jedes Kind 1000 Thlr. Wann ich nun ſoviel verſchenke, daß ein Kind nicht einmal 1000 Thlr. erbt, ſo habe ich inofficioſe geſchenkt, und die Kinder können die Schenkung revociren. (* 1) Man ſtreitet darüber, ob eine Schenkung nur alsdann inofficioſa ſey, wenn ſie **in der Abſicht** geſchieht, den Pflichttheil zu ſchmälern; oder ob es genug ſey, **daß ſie dieſe Wirkung habe**; ob *affectus* laedendi legitimam erfordert werde, oder ob *effectus* hinreichend ſey? Das letzte iſt das richtigſte, wie Pufendorf, Walch (* 2) und andere zeigen.

2) Iſt die Schenkung unter den Lebenden widerruflich, wenn der donatarius ſich **undankbar** bezeigt. (* 3) Wie dieſe Undankbarkeit beſchaffen ſeyn müſſe, wann ſie eine Urſache zur Revocation der Schenkung werden ſoll, iſt in der L. fin. C. de revoc. donat. (VIII. 56.) beſtimmt. Wann nemlich der donatarius a) ſchwere Verbalinjurien (iniurias atroces) gegen den Schenker ausſtößt, b) wann er ihn thätlich injuriiret, (ſi impias manus infert); c) ihn vorſetzlich um einen beträchtlichen Theil ſeines Vermögens bringt, (ſi iacturae molem ex inſidiis ſuis ingerit, quae non levem ſenſum ſubſtantiae donatoris imponit); oder d) ihm nach dem Leben ſteht, (vel vitae periculum aliquod intulit.) Juſtinian ſetzt zwar noch hinzu: wann der donatarius die der Schenkung beygefügte Verträge nicht erfülle. Allein in dieſem Falle wird die Schenkung nicht **der Undankbarkeit** wegen widerrufen. Ob übrigens eine Schenkung blos wegen der vier angeführten, oder auch wegen anderer gleich wichtigen Urſachen, (z. E. wann der donatarius den verarmten Schenker nicht ernähren will), revocirt werden könne, iſt beſtritten. Die meiſte Juriſten behaupten das letzte, (* 4) ob aber mit Grund, daran zweifle ich. Dann das Geſetz ſagt; *ex his tantummodo cauſis.* Nur in dem Falle, wann ſich ein factum unter eine der beſtimmten Urſachen claſſificiren läßt, kann man dieſe Meynung zugeben. Z. E. Wann der donatarius die Tochter des Schenkers

 ſchwängert,

ſchwängert, den Schenker zum Hahnrey macht, ſo kann die Schenkung widerrufen werden; dann dieß iſt eine Art von Injurien.

Endlich iſt auch 3) eine gerechte Urſache, die Schenkung zu widerrufen, *ſupervenientia liberorum*. Wann ich nicht vermuthe, daß ich noch Kinder bekommen würde, und in dieſen Umſtänden einem ein Geſchenk mache; nun aber gegen meine Vermuthung noch Kinder erhalte: ſo bin ich befugt, die Schenkung zu widerrufen. Dann die Kinder ſind mir näher als der donatarius, und ich machte das Geſchenk unter der ſtillſchweigenden Clauſel, wenn die Umſtände ſich nicht ändern würden, (rebus ſic ſtantibus.) Auch haben wir ein ausdrückliches Geſetz über dieſe Sache. Nemlich L. 8. C. de revoc. donat. giebt dem Patron das Recht, eine dem Freygelaſſenen gemachte Schenkung wegen nachkommender Kinder zu revociren. Viele behaupten zwar, daß man dieſe Verordnung nicht mit Grund auf andere Schenkende ausdehnen könne. (*[5]) Indeſſen läßt ſich doch manches für dieſe extenſive Auslegung anführen, und in der Praxis iſt ſie unſtreitig angenommen (*[6]).

Es giebt Rechtsgelehrten, welche glauben, daß eine Schenkung auch alsdann widerrufen werden könne, wenn der Schenker in der Folge verarmt (*[7]). Aber dieſe Meynung iſt aus den Geſetzen ſchlechterdings nicht zu erweiſen (*[8]).

Die Geſetze geben indeſſen 4) dem donatori die Wohlthat der Competenz. Wann ich einem ſo unmäßige Schenkungen gemacht hätte, daß im Fall ich ſie erfüllen müßte, ich an den Bettelſtab kommen würde: ſo bin ich befugt, ſo viel zurückzubehalten, als ich zu meiner Lebſucht brauche. Is qui ex cauſa donationis convenitur, ſagt Paullus in der L. 19. §. 1. D. de reiud. in quantum facere poteſt, condemnatur.

Die Note bemerkt, daß der berühmte Juriſt Andreas Tiraquell, der ſo fruchtbar war, daß er dreyßig Kinder zeugte, und dreyßig Bücher ſchrieb, folglich nicht in dem Fall war, eine Schenkung unvermuthet kommender Kinder wegen zu widerrufen, die L. 8. C. mit einem Commentar erläutert hat.

(1) *Puſendorf* Tom. 2. obſ. 178. Tom. 3. obſ. 23. Strube rechtl. Bed. 5 Theil. 25. Bed.

(2) *Puſendorf.* Tom. 2. obſ. 178. pag. 561. *Walch* diſſ. de praeſcriptione donationis inofficioſae, §. 5.

(3) Einen hieher gehörigen Fall hat Strube am a. O. 4. Th. 466. S.

(4) *Struv.* Ex 39 th. 15. ibique *Müller*. *Schilter* Ex. 43. th. 20 ſqq. *Vinn.* ad § 2. I. h t. *Walch* controv. pag. 301 Anderer Meynung ſind *Strauch* diſſ. ad ius Iuſtin. Diſp. 8. th. 26. *Cocceji* ius controv. h. t Qu. 10. Man ſehe auch *Dietmar* diſſ. de donat. inter vivos revocabili et m. c. irrevocab. (Ien. 1759) §. 16.

(5) *Iac. Gothofred.* ad cod. Theodoſ. lib. 8. tit. 13. leg. 3. Tom. 2 p. 657. ſqq. edit. *Ritter*. *Hub. Giphan.* in lectur. Altorph. p. 244. ſqq. *Schelhorn* diſſ. de inopinata

inopinata donationum ob ſuperveniente liberorum revocatione (Goett. 1749.) §. 11. ſqq.

(6) *Rebhan* paralipom. Meierian. ſ. quaeſt. iur. ſelect. ad coll. iur. Argentor. fol. 326. *Struv.* Ex. 40. th. 16. ibique *Müller* Tit. 8. cum allegatis DD. *Lauterb.* coll. theor. pr. h. t §. 53. *Wernher* Tom. 2. Part. 10. obſ. 371. pag. 669. *Pufendorf* Tom. 3. obſ. 157. **Knorre** rechtl. Abhandl. und Gutachten num. 21.

(7) *Tiraquell* ad L. 8. C. de revoc. donat. fol. 99.

(8) *Stryck* de cautel. contract. ſect. 3. cap. 9. §. 8. *Leyſer* ſp. 494. med. 5.

§. 413. Fortſetzung.

Wann ich einem etwas unter den Lebendigen ſchenke, ſo bekommt er bey meinen Lebzeiten ein Recht darauf, und in den meiſten Fällen kann er auch verlangen, daß ich ſchon bey meinem Leben ihm das Geſchenk wirklich gebe oder auszahle. Ich leide alſo Schaden, vermindere mein Vermögen und bekomme nichts dafür. Aus dieſem Grund kann 1) Niemand ſchenken, als wer die freye Diſpoſition über ſein Vermögen hat. Ein Pupill und Minderjähriger können alſo nichts verſchenken; eben ſo wenig ein tutor, curator, oder ein anderer Verwalter fremden Vermögens. Ein filius familias kann von ſeinem peculio adventitio regulari nichts verſchenken, wohl aber von ſeinem caſtrenſi, quaſi caſtrenſi oder adventitio irregulari.

2) Ehegatten ſind nicht befugt; einander inter vivos zu ſchenken. In den alten Zeiten als die Weiber noch meiſtens in manum mariti kamen, wäre es ungereimt geweſen, wann die Ehegatten einander hätten ſchenken wollen. Dann die Frau, welche in manu mariti war, hatte nichts eigenes. Wie konnte ſie alſo dem Manne, oder er ihr etwas ſchenken? Wie es bey den Ehen gehalten wurde, wo die Frau nicht in manum mariti kam; deßgleichen ob zu der Zeit, als die conventio in manum abkam, ausdrückliche Geſetze gegen dieſe Schenkungen gemacht worden ſind, oder ob ſie bloß durch die Obſervanz (per mores) verboten waren, weiß ich nicht. (* 1) Soviel iſt gewiß, zu und nach den Zeiten des K. Severus waren ſie nicht gültig.

In den allegirten Geſetzen wird zum Grunde angeführt: a) ein Ehegatte möchte dem andern durch verſtellte Liebkoſungen (mutuato, h. e. fictitio amore) (* 2) das Vermögen abſchwätzen, und ihn an den Bettelſtab bringen. b) Ein eigennütziger Ehegatte würde dem andern übel begegnen, ſich wohl gar von ihm ſcheiden, (dann bey den Römern waren die Eheſcheidungen ſehr leicht; §. 129.) wann ihm der andere keine Geſchenke machen wollte; man würde alſo Friede und Eintracht in der Ehe durch Geſchenke erkaufen müſſen, (venalitia eſſent matrimonia.) c) Die Eheſcheidungen werden aber ein groſſes Hinderniß in der Erziehung der Kinder ſeyn, (non eſſet ſtudium educendi h. e. educandi liberos. (* 3) Indeſſen bemerke man 1) nicht alle Schenkungen unter den Ehegatten ſind verboten; ſondern nur diejenige, die von

einiger

einiger Beträchtlichkeit ſind, und wodurch der Schenkende ärmer, aber der Beſchenkte reicher wird. Kleinigkeiten können Ehegatten einander ſchenken. 2) Die Schenkungen der Eheleute ſind nicht ſchlechterdings null; (*[4] ſondern man muß folgende drey Fälle unterſcheiden: a) wann beyde Ehegatten noch leben; b) wann der Beſchenkte mit Tod abgegangen, c) wann der Schenkende geſtorben iſt. Im erſten Falle kann der Schenkende die Donation widerrufen, im zweyten wird die Schenkung von ſelbſt (ipſo iure) nichtig, und es iſt keine Widerrufung nöthig; (*[5]) im dritten aber iſt die Schenkung gültig; der Tod des Schenkenden hat ſie dergeſtalt beſtätigt, daß ſie von dem Erben nicht widerrufen werden kann. (*[6])

3) Eine Schenkung, welche ſich über 500 ſolidos belauft, muß bey der Obrigkeit angezeigt, und von ihr protocolliret werden, *actis inſinuanda eſt*.

Ich habe hierbey mancherley zu bemerken. a) Der ſolidus war eine Goldmünze, die ſich zum Ducaten wie 1 $\frac{1}{3}$, zu 1. verhält. (*[7]) Wann alſo der Ducat 5 fl. gilt: ſo ſollte man den ſolidum zu 6 fl. 40 kr. annehmen. Aber an dem Reichscammergericht wird er zu 4 fl. gerechnet. (*[8]) b) Was iſt die Raiſon dieſer Verordnung? Einmal, daß die Bürger nicht unbedachtſamer Weiſe groſſe Summen verſchenken ſollen. Dann während der Zeit, als der Schenkende in das Gericht geht, und die Schenkung anzeigt, kann er die Sache überlegen. Fürs andere, daß die Schenkung deſto wenigerm Zweifel unterworfen, und deſto leichter zu erweiſen ſey. c) Eine Schenkung, die ſich über 500 ſolidos belauft, und nicht gerichtlich protocollirt iſt, iſt nicht ganz ungültig, ſondern nur in ſo weit ſie dieſe Summe überſteigt. Z. E. wann ich einem 600 ſolidos auſſergerichtlich geſchenkt habe: ſo muß ich ihm 500 bezahlen, und nur in Anſehung der leztern Hundert iſt die Schenkung ungültig.

(1) Wer Luſt hat die Geſchichte dieſes Artikels, wovon ſich freylich nicht viel groſſes ſagen läßt, zu leſen, der ſ. *I. H. Boehmer* diſſ. de ſtatu donat. inter vir. et uxor. antiquo et hodierno in Ex. ad P. Tom. 4. und *Zachar. Richter* diſſ. de oratione Antonini de donat. inter vir. et uxor. confirmandis Lipſ. 1759.

(2) *Brenemann* in not. ad L. 1. cit. in edit. corp. iur. *Gebauer*.

(3) *Boehmer* diſſ. cit. § 25.

(4) *Godofr. Lud. Mencken* iun. diſſ. de donat. inter vir. et. ux. non ipſo iure nullis. in opuſc. n. 18.

(5) L. 32. §. 14. D. de donat. inter vir. et ux. L. 8. D. de reb. dub.

(6) L. 32. §. 2. D. L. 25. Cod. de don. int. vir. et uxor.

(7) *Eiſenſchmidt* de ponderibus et menſuris veterum pag. 35. et pag. 140.

(8) v. Cramer Wezl. Beytr. 1. Th. num. 33. *Pufendorf* Tom. 1. obſ. 17.

§. 414. Regeln von der Schenkung Todes wegen.

Die Schenkung von Todes wegen ſchwankt zwiſchen Vertrag und leztem

tem Willen. Sie kommt nemlich mit einem letzten Willen in folgenden Stücken überein.

1) Muß ſie vor fünf Zeugen geſchehen. (* [1]) Dieß iſt bey letzten Willenserklärungen, worin kein directer Erbe ernennt wird, der Regel nach erforderlich. Die Zeugen müſſen alle auf einmal (ſimul et uno actu) zugegen ſeyn. (* [2])

2) Nur ſolchen Perſonen kann man mortis cauſa ſchenken, welchen man etwas in einem letzten Willen hinterlaſſen kann. In dem 14ten Titel dieſes Buches werden wir die Perſonen kennen lernen, die aus einem letzten Willen nichts bekommen können. Allen dieſen kann man auch mortis cauſa nichts ſchenken.

3) So wie man einen letzten Willen in jeder Stunde widerrufen kann, ſo kann auch ein donator mortis cauſa ſeine Schenkung revociren, ſobald ſie ihn reuet. Daher können Ehegatten, wie wir gehört haben, einander m. c. ſchenken; daher bedarf die donatio m. c. keiner gerichtlichen Inſinuation; daher kann auch ein Minderjähriger m. cauſa ſchenken, und hat nicht einmal den Conſens ſeines Curators nöthig (* [3]). In dem Falle, wenn ich einem etwas mortis cauſa in Rückſicht auf eine gewiſſe Lebensgefahr ſchenke; z. E. ich ſchenke dir auf den Fall, wenn ich in dem heutigen Treffen bleibe, meine Equipage: ſo iſt die Schenkung von ſelbſt, auch ohne Revocation, ungültig, ſobald ich in dieſer Gefahr nicht umkomme. §. 1. I. h. t.

4) Wann ich einem etwas in einem letzten Willen hinterlaſſe, ſo iſt erforderlich, daß er mich überlebt. Stirbt er vor mir, ſo können ſeine Erben nichts verlangen. Eben dieſes iſt auch Rechtens bey der donatione m. c.

Die Schenkung von Todes wegen hat aber auch manches mit den Verträgen gemein, und geht von den letzten Willensdiſpoſitionen ab, dahin gehört 5) daß ſie acceptirt werden muß. Die Geſetze, welche die Acceptation in der Schenkung erfordern, reden allgemein, und wann keine Acceptation bey der donatione m. c. erfordert würde, ſo wäre ſie ein bloſer letzter Wille. (* [4]) Wenigſtens iſt in der Praxis die Sache ausgemacht. (* [5])

6) Man ſtreitet darüber, ob einer, welcher m. c. ſchenken will, teſtamenti factionem haben, d. i. befugt ſeyn müſſe, ein Teſtament zu machen? Es giebt nemlich Perſonen, welche zwar durch Verträge über ihr Vermögen diſponiren, aber doch kein Teſtament machen können, z. E. Apoſtaten, welche von der chriſtlichen Religion zur jüdiſchen, mahomedaniſchen übergehen. S. den 12ten Titel dieſes Buches. Können dieſe mortis cauſa ſchenken? Da man kein Geſetz hat, welches dieſen Leuten die Schenkungen verbietet; da es ferner in der L. 25. §. 1. cit. den filiusfamilias erlaubt wird, m. c. zu ſchenken, die doch nicht teſtiren können: ſo muß man dieſe Frage billig verneinen (* [6]).

(1) *Lauterbach* diſſ. de donat. m. c. th. 6. ſeqq.
(2) *Cocceji* in iur. controv. tit. de mort. cauſ. donat. Qu. 4.
(3) *Idem* l. c. Qu. 5. *Lauterb.* l. c. theſ. 19.
(4) Indeſſen laſſen ſich auch viele Gründe dagegen anführen, welche *Ludewig* diſſ. cit. differ. 3. und *Io. Tob. Richter* diſſ. de acceptatione in donat. m. c. non neceſſaria Lipſ. 1744. geſammelt haben.
(5) *Stryk* uſ. mod. tit. de mort. cauſ. donat. §. 1. *Mev.* Part. 6. Dec. 331. et 333. *Boehmer* conſult. et deciſ. Tom. 2. Part. 1. reſp. 752. n. 17. *Leyſer* ſpec. 438. med. 5. Man ſ. auch *Dan. Fabri* diſſ. de legatorum et mortis cauſa donationum differentiis, Goett. 1763. in der ich aber Gründlichkeit ſehr vermiſſe.
(6) *Cocceji* l. c. Qu. 2. *Lauterbach* l. c. theſ. 21. 22.

§. 415. Klagen des donatarii.

Die Klagen, welche ein donatarius anſtellen kann, ſind, 1) *actio ex ſtipulatu.* Dieſe hatte in dem Falle ſtatt, wann die Schenkung durch feyerliche Worte, (per ſtipulationem), geſchehen war. 2) *Condictio ex L. 35. §. ult. Cod. de donat.* Sie wird angeſtellt, wenn die Schenkung mit gemeinen Worten, ohne Stipulation erklärt worden iſt. 3) Ein donatarius mortis cauſa kann dieſelbe Klagen anſtellen, die einem legatario zuſtehen. Dieſe ſind aber, wie wir unten §. 585. hören werden, *rei vindicatio*, *actio hypothecaria*, und *actio perſonalis ex teſtamento.*

§. 416. Von der donatione inter nuptias.

Eine beſondere Gattung der Schenkung iſt *donatio propter nuptias.* Der Ehemann, oder jemand anderſt in deſſen Namen, macht ſie der Ehefrau, daß ſie davon im Fall der Noth während der Ehe mit dem Manne und der Familie leben, auch in gewiſſen Fällen die geſchenkte Sache erben ſoll. Nemlich als in Rom der Luxus ſehr einriß, und dadurch viele Familien ruinirt wurden: ſo ſuchten ſich die Eheweiber durch donationes propter nuptias zu helfen. Der Ehemann ſetzte nemlich 1) der Frau eine Sache z. E. ein liegendes Gut aus. Dieſe adminiſtrirte er zwar, aber er konnte ſie nicht verpfänden und nicht veräuſſern. 2) Wann er alſo verarmte: ſo genoß die Frau die Einkünfte dieſer Sache, und konnte ſich, den Mann und die Kinder zur Noth davon ernähren. 3) Wurde die Ehe getrennt: ſo fiel die Sache an den Mann oder deſſen Erben zurück; ausgenommen a) wann in den Ehepacten feſtgeſetzt war, daß die Frau ſie behalten ſollte; b) wann Kinder in der Ehe gezeugt worden, und noch am Leben waren; c) wann eine Eheſcheidung geſchah, woran der Ehemann Schuld hatte. Wenigſtens iſt dieß die Vorſtellungsart, die ich für die richtigſte halte, und welche die angeführte Schriftſteller mit Gründen unterſtützen. Heutigestags iſt die römiſche donatio propter nuptias ganz auſſer Mode. (* 1)

(1)

(1) *Schilter* Ex. 36. th. 86. *Thomaſius* in not. h. t. *Chriſt. Gottfr. Hofmann* Diſſ. de diff. iur. rom. et Germanici in doctr. de donat. p. n. §. 6.

TIT. VIII.

Quibus alienare licet vel non.

§. 417. Inhalt des gegenwärtigen Titels.

Das Eigenthum iſt ein Recht, über eine Sache nach Gefallen zu diſponiren. (§. 287.) Der Eigenthümer iſt alſo auch befugt, ſeine Sache einem andern zu überlaſſen, oder kurz, ſie zu veräuſſern. Wer hingegen nicht Eigenthümer der Sache iſt, kann auch keinen andern zum Eigenthümer machen; kurz er kann die Sache nicht veräuſſern. Indeſſen giebt es a) Fälle, wo der Eigenthümer nicht veräuſſern kann; b) Fälle, wo einer, welcher nicht Eigenthümer iſt, doch befugt iſt, die Sache zu alieniren. Dieſe beyde paradox klingende Sätze, wie ſie Theophilus in ſeiner Paraphraſe nennt, (man ſehe oben §. 8.) werden im gegenwärtigen Titel vorgetragen.

§. 418. Von der Veräuſſerung der Brautgabe.

Der erſte Fall, wo der Eigenthümer nicht veräuſſern kann, findet ſich bey der Brautgabe. Wann nemlich eine Frau ihrem Manne Brautſchatz zubringt, und die Frage entſteht, was der Mann darauf für Rechte habe: ſo unterſcheide man folgende Fälle: 1) der Brautſchatz beſteht in beweglichen Dingen, Geld, Hausrath, Kleidung, u. d. g. In dieſem Falle iſt der Mann völliger Eigenthumsherr, und kann darüber nach Gefallen diſponiren. 2) Die Brautgabe beſteht in unbeweglichen Gütern, Haus, Aecker, Wieſen, u. d. g. Jetzt muß man diſtinguiren, entweder a) ſind dieſe Dinge zu einem gewiſſen Preiſe angeſchlagen, oder b) nicht. Wann das erſte iſt: ſo ſind ſie entweder aa) dem Mann für den geſetzten Preis verkauft, (aeſtimatio facta eſt venditionis cauſa); ſo daß es von ihm abhängt, was er will, die Sache ſelbſt oder den Preis zurück zu geben; oder bb) die Sache wird nur zu dem Ende angeſchlagen, daß man dereinſt, wo es nöthig iſt, den jetzigen wahren Werth wiſſen könne; (aeſtimatio facta eſt taxationis cauſa.) Wann die Dotalſache dem Manne für einen gewiſſen Preis verkauft worden iſt: ſo iſt er ebenfalls völliger Eigenthumsherr, und kann darü-

ber nach Belieben ſchalten. Iſt aber die Sache gar nicht angeſchlagen worden, oder die Aeſtimation iſt nur taxationis cauſa geſchehen: ſo iſt der Ehemann nur ein unvollkommener Eigenthumsherr; er iſt, wie die Juriſten ſagen, nur *dominus civilis* (* 1) des eingebrachten; die Ehefrau hat das dominium naturale. Das heiſt der Ehemann zieht alle Nutzungen des Brautſchatzes, er kann ihn aber der Regel nach weder verpfänden noch veräuſſern. (Man ſ. die 26ſte Tabelle.) Schon lex Iulia de adulteriis verordnete, der Mann ſollte ein Grundſtück in Italien nicht gegen den Willen der Frau veräuſſern, auch nicht einmal mit ihrer Einwilligung verpfänden; alſo a) ein Gut in den Provinzen konnte er veräuſſern und verpfänden; b) die Veräuſſerung galt, wann die Frau conſentirte, die Verpfändung aber nicht. Der Geſetzgeber glaubte, es ſey leicht eine Ehefrau zum Conſens in die Verpfändung zu bereden; aber nicht ſo leicht in die Veräuſſerung. c) Nach Juſtinians Verordnung aber darf der Mann kein Dotalgrundſtück, es liege, wo es wolle, die Ehefrau conſentire oder nicht, weder veräuſſern noch verpfänden, wann es ihm, (wie wir vorhin gehört haben), nicht entweder a) für einen gewiſſen Preis verkauft; oder b) die Alienation nothwendig, oder c) der Ehefrau nützlich iſt. Wann alſo die Frau mit den Kindern Hunger leidet, und kein anderes Rettungsmittel vorhanden iſt, ſo kann fundus dotalis alienirt werden. (* 2) Auch iſt die Alienation gültig, wann ſie nützlich, wann z. E. der Kaufſchilling zum Ankauf eines einträglichern Grundſtückes verwendet wird.

(1) Von der Beſchaffenheit und den Wirkungen dieſes Eigenthums ſ. *Brenckmann* de evremat C. 5. Eine Hauptſchrift in dieſer Materie iſt *Scip. gentilis* tract de aeſtimatione rerum in dotem datarum, der ſeinen Tractaten de bon. matern. et de ſec nupt. (Hanau 1606. 8.) beygedruckt iſt.

(2) *Lauterbach* diſſ. de fundo dotali theſ. 43.

§. 419. Veräuſſerung der Güter, welche Minderjährigen gehören.

Der zweyte Fall, wo ein Eigenthümer nicht veräuſſern kann, kommt bey den **Pupillen und Minderjährigen** vor. Dieſe ſind nemlich Eigenthümer ihres Vermögens; indeſſen können ſie nichts alieniren, weil ſie die freye Verwaltung ihres Vermögens nicht haben. Daraus folgt 1) ſie können kein Darlehen geben; 2) ſie können keine Zahlung annehmen; 3) ſie ſind auch nicht befugt Zahlung zu leiſten. Wir wollen dieſe Sätze nach der Reihe überlegen. Alſo der erſte war: **Ein Pupill und Minderjähriger iſt nicht befugt, vom Seinigen ein Darlehen zu geben**, z. E. Geld auszuleihen. Dann wer ein Darlehen giebt, der veräuſſert etwas, wie wir unten (§. 766.) ſehen werden. Geſetzt aber, ein ſolcher giebt dennoch ein Darlehen, was iſt alsdann Rechtens? Man diſtinguire, entweder iſt die dargeliehene Sache noch **vorhanden**, oder ſie iſt **conſumirt**, das heiſt, verzehrt, ausgegeben u. d. g.

Im

Im erſten Falle vindicirt ſie der Vormund, im zweyten ſtellt er eine Perſonalklage an, daß ihm eine Sache von gleicher Qualität und Quantität zurückgegeben werden ſoll. Iſt die Conſumtion bona fide geſchehen; (das heiſt der Schuldner hat das Darlehen genommen, ohne zu wiſſen, daß der Glaubiger noch minorenn ſey): ſo hat condictio ſine cauſa ſtatt. Hat aber der Schuldner die geliehene Sache mala fide conſumiret: ſo kann er nicht allein condictione ſine cauſa, ſondern auch actione ad exhibendum belangt werden. Dieſe letzte Klage iſt dem Kläger vortheilhafter, als die erſte; dann bey der letzten hat das iuramentum in litem ſtatt, das heiſt, der Kläger iſt befugt, allen erlittenen Schaden eidlich zu taxiren.

Der zweyte Satz hieß: einem **Pupillen und Minderjährigen darf man nichts bezahlen**; dann wer ſich bezahlen läßt, verliehrt ſeinen Anſpruch, er alienirt alſo. Dazu kommt, daß zu befürchten iſt, der Pupill und Minderjährige werden das, was ihnen bezahlt wird, übel anwenden, verſchwenden, verliehren, u. ſ. w. Wann ich alſo dergleichen Perſonen zu bezahlen habe, und bezahle a) ihnen allein, ohne den Vormund: ſo iſt die Zahlung null und nichtig, und ich muß zum zweytenmal bezahlen, wofern der Minderjährige das gezahlte verſchwendet. Wann ich aber auch b) mit Vorwiſſen des Vormundes zahle: ſo bin ich noch nicht vollkommen ſicher. Die Zahlung iſt zwar ipſo iure gültig; aber wann der Vormund das bezahlte nicht zum Beſten des Pflegbefohlnen verwendet: ſo kann ſich der Pflegbefohlne in integrum reſtituiren laſſen, und ich muß noch einmal zahlen. Will man alſo ganz ſicher gehen: ſo muß man c) ſich von der Obrigkeit einen Zahlungsbefehl geben laſſen, und nun dem Vormunde zahlen. Dann in dieſem Fall iſt man vollkommen geſichert, (debitor pleniſſime liberatus eſt) Zinſen kann man dem Vormund allein anvertrauen ohne obrigkeitlichen Zahlungsbefehl, wann ſie nicht von mehr als zwey Jahren rückſtändig ſind, und die Summe von 100 ſolidis nicht überſteigen. (*[1]) Nach unſerer heutigen Praxis wird das gerichtliche Zahlungsdecret nur alsdann erfordert, wann der Schuldpoſten zweifelhaft und ungewiß iſt. Auſſer dem kann man dem Vormunde auch ohne Decret zahlen. (*[2]) Der **dritte Satz** endlich war: ein Pupill und Minderjähriger kann nichts bezahlen. Zahlt er etwas, daß er **nicht ſchuldig** war; ſo ſtellt der Vormund rei vindicationem, oder condictionem indebiti an: rei vindicationem, wann die Sache noch vorhanden, condictionem indebiti, wann ſie conſumirt iſt. Zahlt aber der minorenne oder Pupill etwas, das er zu zahlen **ſchuldig** war, und es iſt conſumirt: ſo findet keine Klage ſtatt. Iſt es noch vorhanden: ſo kann eine rei Vindication angeſtellt werden, wann anderſt der Pupill oder Minderjährige einen Vortheil dabey hat; z. E. weil das

Geld vor dem Termine bezahlt worden iſt, an dem es der Pupill zu zahlen ſchuldig war. (S. die Tabelle zu dieſem Abſchnitte.)

(1) *Born* diſſ. de ſolutione pupillis ac minoribus, et ab iis tuto facienda in collect. diſſert. n. 2.

(2) *Hellfeld* ad pand. tit. de ſolut. §. 1931. not. d.

§. 420. Von der Veräuſſerung des Pfandes.

Zuweilen iſt jemand nicht Eigenthümer und kann doch veräuſſern. Dahin gehört 1) der **Pfandglaubiger**. Wann ich einem eine Sache verpfände: ſo iſt meine Abſicht, ihm Sicherheit wegen ſeiner Forderung an mich zu geben. Er iſt daher, im Falle, daß ich nicht zu rechter Zeit zahle, (in mora bin, wie die Juriſten reden), befugt, das Pfand zu verkaufen. Doch ſind dabey folgende Regeln zu bemerken. 1) Wann ausdrücklich ausgemacht iſt, daß der Glaubiger bey unterbleibender Zahlung das **Pfand ſolle verkaufen können**: ſo kann er zu dieſem Verkauf ſchreiten, ſobald der Zahlungstermin verſtrichen iſt; ohne vorher es dem Schuldner zu **denunciiren**. Denunciiren nemlich heiſt hier, dem Schuldner bekannt machen, daß er bezahlen ſolle; widrigenfalls man das Pfand verkaufen werde. Dieß iſt wenigſtens die richtigſte Meynung; (* 1) wiewohl Vinnius (* 2) glaubt, daß man auch in dieſem Falle dem Schuldner den vorhabenden Verkauf des Pfands bekannt machen müſſe. 2) Wann ausgemacht wäre, daß der **Glaubiger das Pfand nicht ſolle verkaufen**: ſo gilt zwar dieſer Vertrag nicht nach dem Buchſtaben, dann er iſt dem Weſen des Pfandrechts entgegen. (* 3) Aber er hat doch die Wirkung, daß der Glaubiger nicht eher zum Verkauf des Pfandes ſchreiten darf, als bis er es dem Schuldner dreymal denunciiret hat. Dieſe drey Denunciationen dürfen auch nicht zu kurz auf einander folgen, ſondern es müſſen zwiſchen der einen und der andern, wie die Juriſten glauben, wenigſtens 10 Tage verſtreichen. (* 4) 3) Wann gar nichts über den Verkauf des Pfandes ausgemacht iſt: ſo muß der Glaubiger dem Schuldner den Verkauf denunciiren, und wie unſer Autor glaubt, nach der Denunciation noch zwey Jahre warten, ehe er das Pfand verkaufen darf. Aber dieſe Meynung iſt noch zweifelhaft, (* 5) und in der Praxis wird ſie gar nicht befolgt (* 6). In allen Fällen übrigens, wo der Glaubiger ein Pfand verkauft, muß er es **öffentlich** und *bona fide* thun. Oeffentlich, der Glaubiger nemlich muß das Pfand durch einen öffentlichen Anſchlag, Ausruf, Intelligenzblatt u. d. g. feilbieten laſſen, (proſcribere pignus.) Bona fide, das heiſt, er muß das Pfand um einen billigen Preis verkaufen, es nicht wegſchleudern. Allein geſetzt, er findet niemand, der ein billiges Gebot darauf thut. In dieſem Falle muß a) die Denunciation wiederholt, oder ein gerichtlicher Zahlungsbefehl geſucht

geſucht werden. b) Der Glaubiger muß ſich unmittelbar an den Landesherrn wenden; c) dieſer ſpricht dem Glaubiger das Pfand gegen einen feſtgeſetzten billigen Preis (pro pretio taxato) eigenthümlich zu; doch behält d) der Schuldner die Erlaubniß, es binnen zwey Jahren einzulöſen. Heutigestages iſt dieſe impetratio dominii a Principe gar nicht gewöhnlich. Wann der Glaubiger das Pfand nicht anbringen kann: ſo läßt er es gerichtlich taxiren und ſich zuſchlagen. (*7)

Die Note ſagt: man muß das pactum de alienando pignore nicht mit dem pacto commiſſario verwirren. Jenes iſt erlaubt, weil es dem Glaubiger ein Recht giebt, das ohnehin ſchon aus der Natur des Pfandcontracts fließt. Der Schuldner leidet auch keinen Schaden durch dieſen Vertrag. Wann das Pfand verkauft wird: ſo muß der Glaubiger vom Kaufſchilling ſeine Foderung abziehen, und den Reſt an den Schuldner zurück zahlen. Aber das pactum commiſſorium iſt der Vertrag, wodurch feſtgeſetzt wird: das Pfand ſolle verfallen ſeyn, wann der Schuldner nicht zur geſetzten Zeit zahle. (*8) Dieſes pactum iſt verboten; dann das Pfand iſt gewöhnlich mehr werth, als die darauf haftendte Foderung des Glaubigers.. Wann alſo dieſer das Pfand ſchlechterdings behält: ſo leidet der Schuldner groſſen Schaden.

(1) *H. Piſtor* Lib. 3. Quaeſt. 18. n. 2. *Franzk.* ad Pand. tit. de diſtract. pign. n. 46. *Lauterb.* coll. th. pr. eod. tit. §. 6.

(2) *Vinn.* ad §. 1. h. t. n. 1.

(3) Einige, z. E. *Herm. Cannegieter* obſ. iur. rom lib. 2. cap. 7. p. 69. ſqq. glauben, daß in dieſem Falle das Pfand gar nicht verkauft werden dürfe; aber ihre Gründe überzeugen mich nicht, und L. 4. D. de pignorat. act. iſt zu klar.

(4) Coll. iur. Argentorat. tit. de diſtract. pign. th 2. num. III. *Donellus* de pign. cap. 12. pag. 144. *Franzk.* ad pand. dict. tit n. 49.

(5) *Donellus* l. c. cap. 12 p. 346. *Voet* ad Pand. tit. de diſtr. pign §. 1. *Stryk* in uſ. mod. eod. tit. §. 7.

(6) *Brunnemann* ad L. ult. Cod. de iur. dom. impetr. *Hopp* ad §. 1. I. h. t. *Stryk* l. c.

(7) *Mev.* P. 7. D. 310.

(8) Oder auch: der Glaubiger ſoll bey ausbleibender Zahlung die Sache für einen gewiſſen, ſchon im voraus beſtimmten Preis, käuflich behalten; oder endlich: die Sache ſolle im Falle der unterbleibenden Zahlung für einen durch ordentliche Taxe alsdann erſt zu beſtimmenden Werth dem Glaubiger eigenthümlich verbleiben. Adolph. Dietr. Webers Erörterung der Frage, wie weit erſtreckt ſich bey Verpfändungen das Verbot der legis comiſſoriae, Kiel 1784. §. 7. u. ſ. f.

§. 421. Fälle, worinn der Vormund alieniren kann.

Auch der Vormund iſt nicht Eigenthümer von dem Vermögen des Pupillen oder Minderjährigen, und doch kann er etwas davon veräuſſern. Nemlich

lich 1) iſt der Vormund zur Veräuſſerung befugt, wann ſie der Vater des Pflegbefohlnen verordnet hat. Z. E. der Vater ſagt im Teſtament: mein Garten, weil er wenig einträgt, und viel zu unterhalten koſtet, ſoll nach meinem Tode verkauft, und der Kaufſchilling an einträglichere Grundſtücke angelegt werden. In dieſem Falle iſt der Vormund für ſich allein befugt, den Garten zu verkaufen. 2) Wann eine Rechtsnothwendigkeit (neceſſitas iuris) der Veräuſſerung vorhanden iſt. In gewiſſen Fällen nemlich nöthigen einen die Geſetze zur Alienation, und dieſe Nothwendigkeit heiſt neceſſitas iuris; z. E. wann ein Pupill ein Haus beſitzt, welches der vorige Eigenthümer ihm oder ſeinen Vorfahren nur wiederkäuflich überlaſſen hat, und jener Eigenthümer nun den Wiederkauf ausüben will: ſo iſt neceſſitas iuris zur Veräuſſerung vorhanden; der Vormund iſt alſo befugt dazu. 3) Sachen, die ſich nicht aufbewahren laſſen, ohne zu verderben, (res quae ſervando ſervari non poſſunt), Obſt, Butter, Bier, u. d. gl. kann der Vormund veräuſſern. In allen andern Fällen aber 4) kann derſelbe zu keiner Alienation ſchreiten, ohne die Obrigkeit. Wann dieſe a) eine Unterſuchung angeſtellt, die Alienation b) nöthig gefunden, und c) durch ein Decret erlaubt hat: ſo iſt ſie gültig, auſſerdem nicht. S. oben §. 204. (3)

TIT. IX.

Per quas perſonas cuique acquiritur.

§. 422. Durch wen kann man erwerben.

Ein Menſch kann auf dreyerley Art etwas erwerben 1) **durch ſich ſelbſt**, 2) durch ſeine Sklaven; und 3) durch die Kinder, die in **ſeiner** väterlichen Gewalt ſind. Von den beyden letzten Arten zu acquiriren handelt der gegenwärtige Titel.

§. 423. Von der Erwerbung durch Sklaven.

Alſo die erſte Adquiſition, von der wir zu reden haben, geſchiehet durch Sklaven. Ein Sklave konnte nichts eigenes haben; alles was er erwarb, gehörte dem Herrn; doch mit dem Unterſchiede, daß er a) das Eigenthum einer Sache dem Herrn auch ohne deſſen Wiſſen und Willen acquirirte; vorausgeſetzt, daß der Sklave die Sache auf eine gerechte Art an ſich gebracht hatte;

hatte b) die Poſſeſſion aber nur, wann der Herr darum wußte, und ſie verlangte; c) eine Erbſchaft nicht anderſt, als wann ihm der Herr einen ſpeciellen Befehl gegeben hatte, ſie anzutreten. Ich ſage das Eigenthum erwarb er dem Herrn auch ohne deſſen Wiſſen und Willen; das heiſt, wann ich meinem Sklaven verbiete, eine Sache zu acquiriren, und er acquirirt ſie dem ungeachtet; nun gefällt ſie mir, und ich will ſie haben: ſo iſt ſie mein. Die Poſſeſſion erwirbt der Sklave nur dem Herrn mit deſſen Wiſſen und Willen. Dann Poſſeſſion iſt eine Detention der Sache, verbunden mit der Abſicht, ſie zu behalten. (§. 281.) Beſitz läßt ſich alſo ohne Wiſſen und Willen nicht denken. Endlich eine Erbſchaft kann der Sklave nicht acquiriren, wann nicht der Herr ihm zum voraus Specialbefehl giebt, daß er ſie antreten ſoll. Dann man ſtelle ſich vor, der Sklave wollte ohne einen ſolchen Befehl ſich der Erbſchaft anmaſſen, dem Herrn aber gefiele es nachher nicht, ſie zu behalten. Wie unangenehm und nachtheilig würde das für die Erbſchaftsglaubiger ſeyn! Da wir heutzutage wenig Sklaven in Deutſchland haben: ſo haben dieſe Sätze einen ſehr geringen practiſchen Nutzen. Auf Leibeigene paſſen ſie gar nicht, weil dieſe ſich ſelbſt, und nicht dem Eigenthumsherrn acquiriren.

§. 424. Vom peculio der Sklaven.

Weil ein Römer oft eine groſe Menge Sklaven hatte, worunter auch ſolche waren, welche die Handlung verſtanden; ſo gab er ihnen zuweilen ein Stück Geld, oder eine Quantität Waaren, um damit einen Handel zu treiben; dies hieß *peculium*. Der Herr war von dem peculio Eigenthümer, ſo gut als von ſeinem übrigen Vermögen; der Sklave aber hatte die Adminiſtration, eine freyere oder eingeſchränktere, nachdem es dem Herrn beliebte. Er konnte es auch dem Sklaven ganz wieder abnehmen, wann dieſer den Handel nicht zu ſeiner Zufriedenheit führte.

§. 425. Von der Erwerbung durch die Kinder nach dem alten römiſchen Recht.

Die zweyte Erwerbung durch andere iſt die, welche man durch ſeine Kinder macht. Nach dem alten römiſchen Recht gehörte dem Vater alles, was die Kinder erwarben; es war alſo zwiſchen Kindern und Sklaven in dieſem Stücke kein Unterſchied. Oft gab ein Vater ſeinem Sohn aber auch Geld oder Waaren, um damit zu handeln, und das hieß dann, wie bey den Sklaven, *peculium*. Damals alſo gab es bey den Kindern nur ein einziges peculium.

§. 426. Nach neuern Geſetzen.

Nach dem neuen römiſchen Recht hingegen verhält ſich die Sache ganz anders. *Peculium* heiſt nemlich alles, was ein *filius* oder eine *filia familias* vom Vermögen des Vaters abgeſondert beſitzt; das heiſt, was ſie entweder dergeſtalt haben, daß es ihnen, und nicht dem Vater eigenthümlich gehört, oder was ſie doch ſo beſitzen, daß es nicht mit dem übrigen Vermögen des Vaters vermiſcht iſt, ſondern beſonders verwaltet wird. Dieſes peculium iſt entweder *militare*, oder *paganum*; das *militare* entweder *caſtrenſe* oder *quaſi caſtrenſe*; das paganum entweder *profectitium* oder *adventitium*; dieſes letztere entweder *ordinarium* oder *extraordinarium*. (Man ſ. die 27ſte Tabelle.)

§. 427. Was iſt peculium caſtrenſe?

Peculium militare heiſt nemlich alles, was ein filius familias durch *militiam*, oder bey Gelegenheit derſelben erwirbt, was er nicht würde erworben haben, wann er nicht in militia geweſen wäre. Militia aber heiſt bey den Römern nicht nur a) der Soldatenſtand; ſondern ſie verſtehen auch b) die Ausübung der freyen Künſte und Wiſſenſchaften, und c) alle öffentliche Aemter und Würden darunter. Jenen, den Soldatenſtand nennen ſie militiam *ſagatam*; dieſe, das Studium der Wiſſenſchaften und öffentliche Civilbedienungen militiam *togatam*. Hat der Sohn etwas im Soldatenſtande, (militia ſagata) oder bey Gelegenheit deſſelben erworben: ſo heiſt es peculium caſtrenſe. Dahin gehört alſo die Beute, die er macht; was ihm von ſeinen Obern wegen ſeines Wohlverhaltens geſchenkt wird; was ihm ſein Vater zur Equipage giebt; eine Erbſchaft und ein Vermächtniß, die er von einem Cameraden bekommt; ſelbſt wann ſein Bruder, der mit ihm bey einerley Corps dient, ſtirbt, und ihn in Rückſicht auf den Militärdienſt zum Erben ernennt: ſo iſt die Erbſchaft ein peculium caſtrenſe. Endlich wann er von dem Gelde, das zum peculio caſtrenſi gehört, (pecunia caſtrenſi) etwas erkauft: ſo iſt die erkaufte Sache auch ein peculium caſtrenſe.

Der Grund dieſes letzten Satzes ſteht in der Note; das peculium iſt eine univerſitas iuris, (§. 278.) bey univerſitatibus iuris aber gilt die Regel: res ſuccedit in locum pretii, wann ich Geld aus einer univerſitate iuris nehme, und eine Sache dafür kaufe: ſo iſt die Sache auch ein Theil der univerſitatis.

§. 428. Was iſt quaſi caſtrenſe?

Das peculium quaſi caſtrenſe wird entweder a) durch die Wiſſenſchaften; oder b) bey Gelegenheit derſelben; oder c) in einem öffentlichen Amte erworben. Dahin gehört alſo a) was ein Advocat, Magiſter, Doctor, practiſcher Arzt durch die Wiſſenſchaften erwirbt; was ein Beamter, Secretarius, Archivarius, Regierungsrath, Renthmeiſter, Cammerrath, Prediger, Profeſſor u. ſ. w. an Beſoldung oder Accidenzien bekommt. Wann auch b) das Amt keine gelehrte Kenntniſſe erfordert, wie z. E das Amt eines Stall- Fecht- Tanz- Küchenmeiſters u. ſ. w. ſo iſt doch die damit verbundene Einnahme ein peculium quaſi caſtrenſe. Endlich wann auch c) die Wiſſenſchaften oder ein öffentliches Amt nur Gelegenheit zur Erwerbung einer Sache geben; ſo iſt es ein peculium quaſi caſtrenſe. Wan z. E. ein Profeſſor aus collegialiſcher Freundſchaft den andern zum Erben einſetzt, ſo iſt die Erbſchaft ein peculium dieſer Art. Auch was ein Vater ſeinem Sohn, welcher Doctor, Arzt, Advocat, u. ſ. w. iſt, in Rückſicht auf dieſe Würde ſchenkt, gehört dahin. Ob aber die Studierkoſten, welche der Vater dem Sohne giebt, hieher zu rechnen ſind, iſt zweifelhaft. Cocceji (*1) und andere leugnen es; doch iſt die bejahende Meynung der Rechtsanologie gemäſſer (*2).

Unſer Autor führt auch donata a Principe vel Auguſta als Stücke des peculii quaſi caſtrenſis an. Mit dieſer Sache hat es folgende Bewandniß. Wann der Landesherr oder deſſen Gemahlin einem filio familias etwas ſchenken, in Rückſicht auf den Militärſtand, auf eine Civilbedienung, oder auf die Wiſſenſchaften: ſo iſt es peculium *militare*, caſtrenſe oder quaſi caſtrenſe. Hat aber das Geſchenk eine andere Beziehung und Urſache; ſo ſoll es nach dem angeführten Geſetz als ein peculium *quaſi militare* angeſehen werden. Im Grunde iſt es ein peculium paganum, das Geſetz aber legt ihm die Rechte eines peculii militaris bey.

(1) *Cocceii* iur. controv. tit. de pecul. Quaeſt. 1. *Stryk* ad *Lauterb.* eod. tit. voc. ſtudioſos.

(2) *Schoepfer* in ſynopſi dict. tit. n. 15. ſeqq. Harprecht ad inſt. tit. de donat. §. 2. n. 6. *Stryk* de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. 11. cap. 3. §. 7.

§. 429. Was iſt peculium profectitium?

Peculium paganum heiſt ein jedes, das nicht durch die militiam, auch nicht bey Gelegenheit derſelben acquiriret wird; und dieſes iſt entweder *profectitium* oder *adventitium*. Profectitium heiſt a) alles, was die Kinder vom Vater ſelbſt bekommen; und was ihnen b) von einem andern, aber doch um

des Vaters Willen zufällt. (*[1]) Dahin gehört z. E. ein Landgut, das der Vater dem Sohn einräumt, um von den Einkünften zu leben; ein Waarenlager, das er dem Sohn abtritt, um damit zu handeln; wann jemand, der vom Vater Dienſte erhalten hat, dem Sohn ein Geſchenk macht; u. ſ. w. Uebrigens muß man in allen dieſen Fällen vorausſetzen, daß die Kinder in der väterlichen Gewalt ſind und bleiben; dann ſonſt wäre das, was ihnen der Vater giebt, kein peculium.

(1) *Franzk.* reſolut. lib. 2. cap. 27. *G. Beyer* themat. ex var. iur. Ex. 5. th. 4.

§. 430. Was iſt adventitium?

Endlich peculium adventitium iſt, was die Kinder nicht vom Vater, auch nicht in Rückſicht des Vaters erwerben. Dergleichen iſt, was ſie ſich durch eigenen Fleiß und Arbeit verdienen; was ſie von der Mutter oder von andern Perſonen erben; was ſie von einem dritten, und zwar nicht um des Vaters willen, geſchenkt bekommen; was ſie durch Finden (inventionem) acquiriren, u. d. g.

§. 431. Rechte des peculii militaris.

Nachdem wir die Gattungen des peculii kennen, wollen wir ihre verſchiedene Rechte betrachten. Das peculium militare, ſowohl caſtrenſe als quaſi caſtrenſe, hat groſe Vorzüge vor den übrigen. Der Sohn hat darüber ein vollkommenes Eigenthumsrecht, (plenum ius) das heiſt: 1) er wird in Anſehung dieſes peculii als ein pater familias angeſehen; alle Diſpoſitionen, die ein pater familias mit ſeinem Vermögen vornehmen kann, darf auch der Sohn über dieſes peculium machen. Er kann alſo 2) nicht nur unter den Lebendigen durch Kauf, Tauſch, Schenkungen u. ſ. w. ſondern auch *mortis cauſa* darüber disponiren; das heiſt einen letzten Willen und eine donationem mortis cauſa darüber errichten. Stirbt er ohne letzten Willen: ſo fällt dieſes peculium an ſeine Inteſtaterben; das heiſt an die Perſonen, die ihn vermöge der Geſetze erben, ſeine Kinder, Geſchwiſter und Eltern; der Vater kann es ſich alſo nicht vermöge der väterlichen Gewalt allein zueignen, wie er nach den ältern Geſetzen zu thun befugt war.

§. 432. Rechte des profectitii.

Das peculium profectitium gehört völlig dem Vater; das heiſt, er hat das Eigenthum, die Civilpoſſeſſion und den Niesbrauch davon. Die Kinder haben nichts, als den natürlichen Beſitz (§. 282.) und die Adminiſtration deſſelben. Wann indeſſen 1) des Vaters Vermögen confiſcirt wird: ſo nimmt man

man den Kindern die peculia profectitia nicht; und wann 2) der Vater die Kinder emancipirt, ohne dieſe peculia zurück zu fordern: ſo hat er ſie ihnen ſtillſchweigend geſchenkt. Stirbt aber der Vater: ſo müſſen die Kinder das peculium profectitium in die Erbmaſſe **conferiren**, das heiſt ſich anrechnen laſſen. (§. 709.)

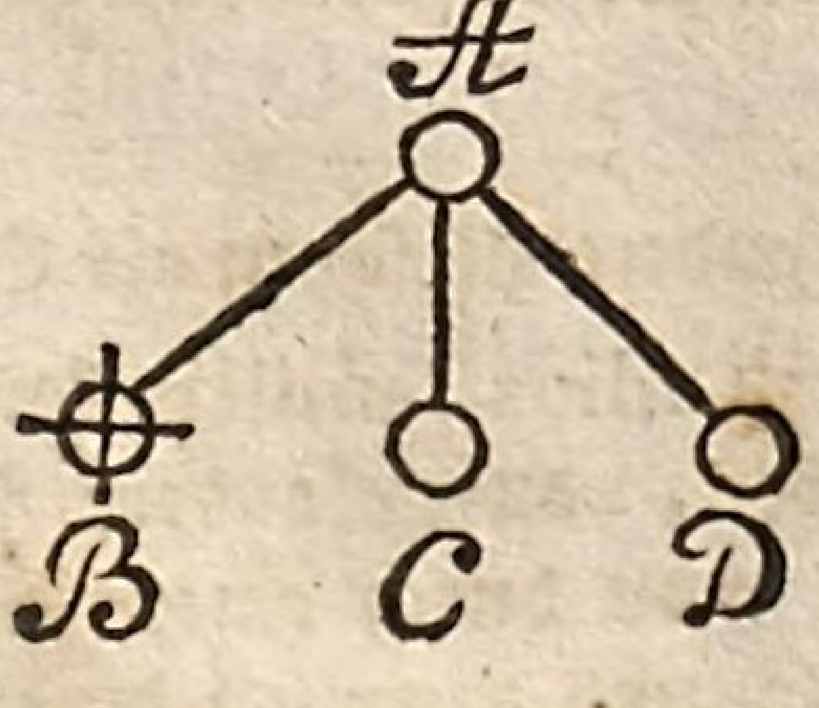
§. 343. Rechte des adventitii.

Das peculium adventitium gehört den Kindern eigenthümlich zu; der Vater aber hat der Regel nach die Adminiſtration und den Niesbrauch: dergeſtalt daß er auch, wann es nöthig, oder den Kindern nützlich iſt, etwas davon, und zwar ohne obrigkeitlichen Conſens veräuſſern kann. (* 1) Dieſer Niesbrauch dauert ſo lang, als die väterliche Gewalt, ja zuweilen noch länger. Wann nämlich der Vater das Kind emancipirt: ſo behält er lebenslänglich den halben Niesbrauch als eine Belohnung der Emancipation. (§. 161.)

(1) *Leyſer* ſp. 165. n. 9. *Wernher* part. 3. obſ. 35. Quiſtorp Beyträge zur Erläuterung verſchiedener Rechts-Materien 1. Stück 18. Seite.

§. 434. Vom peculio adventitio extraordinario.

Doch giebt es auch Fälle, wo der Vater keinen Niesbrauch vom peculio adventitio hat. Dahin gehört 1) wann der Sohn **gegen den Willen des Vaters** etwas erwirbt; z. E. eine Erbſchaft antrit; (ſ. unten §. 543.) dann Rechtswohlthaten werden niemand aufgedrungen. Da nun der Vater nicht wollte, daß der Sohn die Sache acquiriren ſollte: ſo kann er auch keinen Niesbrauch davon prätendiren 2) Wann jemand den Kindern ein Geſchenk macht, oder eine Erbſchaft, oder ein Vermächtniß mit dem Bedinge hinterläßt, daß der Vater keinen Niesbrauch haben ſolle. 3) Wann eins von mehreren Kindern ſtirbt; ſeine Erbſchaft alſo auf den Vater und die Geſchwiſter fällt. In dieſem Falle bekommt der Vater den Niesbrauch über die Erbportionen der Geſchwiſter nicht.



Z. E. wann B ſtirbt und 3000 Rthlr. hinterläßt, ſo werden dieſe unter den Vater A, und die beyde Brüder C, D. in gleiche Theile vertheilt; der Vater

aber hat über die 2000 Rthlr. welche dem C. und D. zufallen, keinen Nieſsbrauch. Der Grund liegt wohl darinn, weil der Vater nach dem Recht des Codex in dieſem Fall gar nichts erbte; ſondern alles auf die Brüder C. und D. fiel. Die neuere Geſetze, Nov. 118. cap. 2. haben ihn zwar zur Succeſſion gelaſſen; weil ſie aber nicht wollen, daß jemand einen doppelten Vortheil haben ſoll: ſo haben ſie ihm den Nieſsbrauch von den Erbportionen der Miterben abgeſprochen; oder wie Juſtinian in der angeführten Novelle ſagt: nullum uſum ex filiorum aut filiarum portione in hoc caſu valente patre ſibi penitus vindicare; quoniam pro hac uſus portione hereditatis ius et ſecundum proprietatem per praeſentem dedimus legem. Endlich iſt 4) der Fall in der L. 50. ad SCt. Trebell. hieher zu rechnen. Er iſt folgender. Ein Vater war zum Erben eingeſetzt, und ihm auferlegt worden, dem Sohn die Erbſchaft zu reſtituiren, wann dieſer aus der väterlichen Gewalt gehen würde. Der Vater aber gieng mit der Erbſchaft untreu um; deswegen verordnete Kayſer Hadrian; daß er dem Sohn die Erbſchaft ſogleich, noch während der väterlichen Gewalt, abtretten, und keinen Nieſsbrauch davon haben ſollte. (* [1]) Man theilt daher peculium adventitium in *ordinarium*, ſ. *regulare*, ſ. *minus plenum*, und *extraordinarium*, ſ. *irregulare*, ſ. *plenum* ein. Ordinarium, regulare, minus plenum heiſt das, worüber der Vater den Nieſsbrauch hat, extraordinarium, irregulare, plenum, wovon ihm keiner zukommt. Ueber dieſes letztere peculium kann der Sohn inter vivos nach Gefallen diſponiren, es alſo verkaufen, vertauſchen u. ſ. w. auch kann er es mortis cauſa verſchenken, aber ein Teſtament kann er nicht darüber machen; (§. 466.) dann die teſtamenti factio kommt den filiis familias ſchlechterdings nicht zu, auſſer über das peculium militare, weil ſie, wie wir vorhin hörten, (§. 431.) in Anſehung deſſen wie patres familias angeſehen werden.

(1) Aus dieſem ſingulären Fall aber läßt ſich nicht der allgemeine Satz abſtrahiren, daß der Vater den Nieſsbrauch der Adventitien verliehre, wenn er damit übel wirthſchaftet. *Scipio Gentilis* tract. de bonis maternis cap. 12. ſ. auch *Heuſinger* comment. de iure peculii adventitii extraord. (Iſenac. 1751. 8.) pag. 22.

§. 435 Kann man auch durch andere Perſonen als Sklaven und Kinder acquiriren?

Nur durch Sklaven und filios familias konnte man nach dem alten römiſchen Recht etwas erwerben, durch andere Perſonen nicht. Die neuere Geſetze aber erlauben, daß man durch einen Bevollmächtigten (procuratorem) etwas acquiriren kann; und zwar 1) den Beſitz. Ich kann durch einen Bevollmächtigten den Beſitz z. E. eines Landguts ergreifen laſſen. 2) Das Eigenthum; wann ich durch einen Bevollmächtigten etwas kaufen laſſe,

und ihm die Sache tradirt wird: ſo bin ich Eigenthümer davon. 3) **Ein Pfandrecht.** Wann z. E. mein Bevollmächtigter auf ein Haus Geld vorſchießt, und ſich das Haus für mich verpfänden läßt: ſo kommt mir ohne Zweifel ein Pfandrecht zu. Ob man 4) eine Servitut durch einen Bevollmächtigten habe erwerben können, weiß ich nicht. Doch glaube ichs, dann ich begreiſe nicht, warum es nicht erlaubt geweſen ſeyn ſollte. Heutigestages iſt wohl die Sache keinem Zweifel unterworfen. 5) **Ein Erbrecht** konnte mir kein Bevollmächtigter erwerben, dann Erbverträge (pacta ſucceſſoria) waren bey den Römern ganz verboten. Alſo gieng es auch nicht an, daß ich durch einen Procurator mit jemand einen ſolchen Vertrag ſchlieſſen ließ; und der Procurator mir auf dieſem Wege ein Erbrecht erwarb. War ich Teſtaments- oder Inteſtaterbe: ſo konnte ich die Erbſchaft nicht durch einen Bevollmächtigten antreten; alſo auch in dieſem Falle war keine adquiſitio iuris hereditarii per procuratorem möglich. Heutigestages kann zwar auch die Erbſchaft durch keinen Bevollmächtigten angetreten werden, wie ich unten (§. 544.) zeigen will; aber die Erbverträge ſind bey uns erlaubt, und man kann ſie ohne Zweifel nicht nur in eigener Perſon, ſondern auch durch einen Procurator ſchlieſſen. Folglich iſt heutigestages ein Erbrecht durch einen Bevollmächtigten zu erlangen möglich. Iſt einer weder Sklave, noch filius familias, noch Bevollmächtigter von mir: ſo kann ich nach römiſchem Recht durch ihn nichts acquiriren. Heutiges Tags aber kann ein dritter, der keine von den benannten Perſonen iſt, mir etwas erwerben. Wann ſich z. E. ein Freund in meiner Abweſenheit etwas für mich ſchenken und tradiren läßt: ſo habe ich das Geſchenk acquiriret. (§. 738.)

TIT. X.

De teſtamentis ordinandis.

§. 436. Uebergang zu dieſer Materie.

Die modi adquirendi civiles ſind, wie wir oben gehört haben, entweder ſingulares oder univerſales. Die ſingulares ſind uſucapio, donatio, legatum, fideicommiſſum. Was uſucapio und donatio ſey, iſt im 6. und 7. Titel erklärt worden. Das legatum und fideicommiſſum wird ausgeſetzt, bis wir die Lehre von den Teſtamenten kennen gelernt haben. Wir gehen alſo

nun

nun zu den modis adquirendi univerſalibus, deren erſter *hereditas*, oder richtiger *adquiſitio hereditatis*, *ſucceſſio hereditaria*, *ſucceſſio ſenſu proprio* iſt.

§. 437. Was iſt die Erbſchaft?

Um dieſen Abſchnitt gründlich zu verſtehen, bemerke man folgende Sätze: **Erſter Satz**: das Wort **Erbſchaft**, *hereditas* wird entweder objectiviſch oder ſubjectiviſch genommen. In der erſten Bedeutung verſtehet man die ganze Verlaſſenſchaft, den Complexus der Güter eines **Verſtorbenen** darunter; in der letztern aber wird **das Recht auf eine ſolche Verlaſſenſchaft**, das Erbrecht, ius hereditarium, damit angedeutet.

Zweyter Satz. Wann weiter noch nichts als ein Titel zu der Erwerbung einer Erbſchaft vorhanden iſt: ſo heiſt ſie *hereditas delata*; iſt aber die Erbſchaft **wirklich mein geworden**, weil **ich ſie angetreten habe**, oder das Geſetz ſie ohne Antretung für mein **erklärt**: *hereditas adquiſita eſt.* Wann mich z. E. jemand im Teſtament zum Erben ernennt, und mit Tode abgehet: hereditas mihi delata eſt; wann ich ſie aber antrete: hereditas eſt adquiſita.

Dritter Satz. Dieſe Adquiſition einer Erbſchaft heiſt die **Erbfolge**, *ucceſſio hereditaria*, *ſucceſſio ſenſu ſtricto*.

Vierter Satz. Der Titel zu einer Erbſchaft kann dreyerley ſeyn: **Vertrag, Teſtament, Geſetz.** Wann ich nemlich Erbe eines Menſchen werde: ſo liegt entweder der Grund **in ſeiner Willenserklärung**, weil er mich dazu ernennet hat; oder unmittelbar **in der Vorſchrift** der Geſetze. Im letzten Fall iſt es hereditas legitima ſive ab inteſtato. Heredes legitimi nemlich ſind die Verwandten des Verſtorbenen und einige andere Perſonen. Man ſehe den 721. u. ſ. f. §§. Z. E. wann der Vater ſtirbt: ſo ſind die Kinder Erben, ob ſie gleich der Vater nicht dazu ernennt hat, ſie ſind es, weil die Geſetze ſie dafür erklären, alſo heredes legitimi oder ab inteſtato. Wann die Willenserklärung des Verſtorbenen der Grund meines Erbrechtes iſt: ſo iſt dieſelbe entweder **in der Abſicht geſchehen, daß ich ſie acceptiren ſoll, und ich habe ſie wirklich acceptirt**, oder ſie iſt blos **einſeitig** geſchehen, das heiſt **nicht in der Meynung, daß ich ſie ſoll acceptiren können.** Im erſten Fall bin ich *heres pactitius*, im letzten heres *teſtamentarius*, oder beſſer *heres ex ultima voluntate*. Die Römer kannten aber die hereditatem pactitiam nicht; bey ihnen waren alle Erbverträge verboten. Sie hatten alſo nur hereditatem teſtamentariam und ab inteſtato. In Deutſchland hingegen ſind dergleichen Verträge erlaubt, und werden nicht ſelten eingegangen.

Fünf=

Fünfter Satz. Der Teſtamentserbe geht den Inteſtaterben vor, (ſucceſſio teſtamentaria excludit legitimam;) das heiſt: wann ich im Teſtament einen Erben ernenne: ſo können die heredes legitimi keinen Anſpruch auf meine Erbſchaft machen, ausgenommen, wann es Perſonen ſind, denen der Pflichttheil gebührt. Man ſehe den 13. Titel dieſes Buchs.

§. 438. Geſchichte der Teſtamente.

Die Teſtamente ſind bey den Römern nicht immer auf einerley Weiſe gemacht worden. In den älteſten Zeiten machte man ſie in *calatis*, das heiſt *convocatis comitiis*, in einer Volksverſammlung. Wann das Volk verſammelt war, erklärte man öffentlich, wen man zum Erben haben wolle. Das Volk conſentirte ſtillſchweigend; dann daß es ordentlich votirt haben ſollte, iſt nicht zu glauben. Man ſiehet übrigens hieraus ein, warum die Teſtamente bey den Römern als Geſetze angeſehen worden ſind; weil ſie nemlich in den alten Zeiten wie Geſetze in einer Volksverſammlung gemacht wurden. Dieſe Art zu teſtiren war aber ſehr beſchwerlich; dann der Teſtator mußte warten, bis ſich das Volk verſammelte; ſchwerlich kam es blos um eines Teſtaments willen zuſammen; auch wurde die Erbeseinſetzung allen Menſchen bekannt, welches zuweilen dem Teſtator unangenehm ſeyn mußte. Die Juriſten brachten daher eine andere Art von Teſtamenten auf, die *per aes et libram*. Die Geſetze der 12 Tafeln nemlich ſagten: uti pater familias legaſſit (das heiſt diſpoſuerit) ſuper pecunia tutelave, ita ius eſto. Nach dieſer Verordnung konnte man teſtiren, auf welche Weiſe man wollte. Die Rechtsgelehrte führten aber folgende Solennitäten bey den Teſtamenten ein. Man ließ einen Menſchen kommen, welcher den Erben vorſtellte, und familiae d. i. bonorum emtor hies; (*1) einen zweyten, der die Wage hielt, und daher libripens heiſt; einen dritten, den *anteſtatum*, deſſen Beſtimmung ſogleich erklärt werden ſoll; und endlich fünf Zeugen. Wann dieſe Perſonen verſammlet waren: ſo ermahnte der anteſtatus die Zeugen, auf alles wohl Achtung zu geben; der libripens hielt die Wage in die Höhe; der familiae emtor warf ein Stück Geld in die eine Wagſchale; der Teſtator aber legte etwas von ſeinem Vermögen in die andere, und verkaufte vermittelſt einer ſolennen Formel ſein ganzes Vermögen dem familiae emtori. Die ganze Handlung war indeſſen blos imaginär, eine bloſe Comödie; denn die Abſicht des Teſtators war gar nicht, ſein Vermögen zu verkaufen. Der familiae emtor erhielt wirklich nicht das geringſte Recht aus dieſem Kauſe. Endlich brachte der Teſtator ſein Teſtament zum Vorſchein mit der Formel: haec uti in his tabulis cerisve ſcripta

ſunt, ita do, ita lego, ita teſtor, ita vos Quirites teſtimonium praebitote. (* 2).

(1) In den ältern Zeiten war der Erbe ſelbſt der familiae emtor; in den neuern aber nahm man eine andere Perſon dazu. *Theoph.* ad §. 1. I. h. t. *Gottl. Wernsdorff* obſervatio de familiae emtore ipſo herede in teſtamento per aes ad libram condito. Wittenb. 1780.

(2) Warum er ſagte tabulis cerisve, erklärt *Bynkershoek* obſ. iur. rom. lib. 3. cap. 21.

§. 439. Fortſetzung.

Der Prätor erfand eine kürzere, alſo die dritte Art zu teſtiren. Er erklärte in ſeinem Edict, daß er ein Teſtament als gültig anſehen, und dem eingeſetzten Erben die Verlaſſenſchaft (bonorum poſſeſſionem) zuſprechen wolle, wann es von ſieben Zeugen unterſiegelt ſey. Alſo ein mündliches Teſtament hatte dieſe Würkung nicht, nur ein ſchriftliches. (* 1).

Die Anmerkung ſagt: ſieben Zeugen erforderte der Prätor vermuthlich darum, weil im Teſtament per aes et libram fünf Zeugen, ein anteſtatus und ein libripens, alſo zuſammen 7 Perſonen gegenwärtig waren; und aus demſelben Grunde iſt auch wohl nach den neueſten Geſetzen in den Teſtamenten dieſe Zahl von Zeugen erforderlich. (* 2).

(1) *Pufendorf* Tom. 1. obſ. 138. p. 362. ſeqq.

(2) *Frid. Aug. Hommel* diſſ. de numero ſeptenario teſtium in teſtamentis Lipſ. 1731. ſucht den Grund in der von den Alten geglaubten Vollkommenheit der Zahl ſieben.

§. 440. Fortſetzung. Definition eines Teſtaments.

Endlich die vierte Art von Teſtamenten iſt das teſtamentum ex conſtitutionibus Principum. Nemlich die Kayſer behielten etwas von den Regeln des teſtamenti per aes et libram und des prätoriſchen Teſtamentes bey. Von jenem die unitatem actus, (* 1) von dieſem das Unterſiegeln der Zeugen; erforderten aber auch die Unterſchrift der Zeugen und des Teſtators, und dieſe neueſte Art zu teſtiren wollen wir dann im gegenwärtigen und folgenden Titeln kennen lernen. Vor allen Dingen aber müſſen wir die Definition eines Teſtaments genau überlegen. Man verſteht darunter einen letzten Willen, der nach geſetzlicher Vorſchrift erklärt iſt, und die Einſetzung eines directen Erben enthält. (* 1).

(1) Denn die Teſtamentserrichtung per aes et libram war eine feyerliche Handlung, ſolche Handlungen aber mußten uno contextu geſchehen. *Vinn.* ad §. 3. h. t.

§. 441.

§. 441. Erklärung dieſer Definition.

Das Teſtament iſt demnach 1) **ein letzter Wille**; das heiſt ein einſeitiger Wille, der erſt nach dem Tode vollkommen iſt. Es iſt alſo a) **ein einſeitiger Wille**. Wann ich meinen Willen zum Beſten eines andern erkläre, und der andere dieſe Erklärung acceptirt: ſo iſt voluntas bilateralis, ein Vertrag vorhanden. Wann ich aber meinen Willen allein erkläre, ohne daß ihn ein anderer acceptirt; ſo iſt es voluntas unilateralis, eine einſeitige Willenserklärung. Von dieſer Art iſt das Teſtament. Wer dergleichen macht, will nicht, daß der Erbe ſeine Einſetzung acceptiren ſoll. Der Erbe erfährt auch oft nichts davon, und wann er ſie erfährt, ſo acceptirt er ſie doch nicht; und geſetzt, daß er ſie acceptirte, ſo würde die Acceptation nichtig, und ohne Wirkung ſeyn. (*[1]) b) **Der letzte Wille iſt erſt nach dem Tode vollkommen**; das heiſt, er giebt demjenigen, zu deſſen Beſten er gereicht, nicht eher ein vollkommenes und unwiderrufliches Recht, als bis der **Diſponent**, das heiſt bis der todt iſt, welcher den letzten Willen erklärt hat.

Das Teſtament enthält 2) eine **Erbeseinſetzung**. Erbe nemlich heiſt der, welcher alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Verſtorbenen bekommt, welche nicht ganz perſönlich ſind, das iſt alle Rechte und Verbindlichkeiten, die von einer Perſon auf die andere übergehen können. Im Titel de heredibus inſtituendis wird dieſer Begriff weiter entwickelt werden.

3) Im Teſtament wird ein **directer Erbe** ernennt. Wer nemlich die Erbſchaft unmittelbar vom Verſtorbenen erhält, heiſt *heres directus*; wer ſie aber aus den Händen eines andern Erben bekommt, heiſt *heres obliquus*, oder *fideicommiſſarius*. Man ſtelle ſich vor, ich verordne: A. ſoll mein Erbe ſeyn, und die Erbſchaft lebenslang genieſſen, nach ſeinem Tode aber ſoll ſie auf den B. und nach deſſen Tode an C. fallen. Hier iſt A. heres directus; B. und C aber ſind heredes fideicommiſſarii oder obliqui. Ein letzter Wille, der ein Teſtament ſeyn ſoll, muß nothwendig die Einſetzung eines directen Erben enthalten, (*[2]) und ein ſolcher Erbe kann auch nirgends anders, als in einem Teſtamente ernennt werden. Ein fideicommiſſariſcher Erbe hingegen kann auch auf andere Art eingeſetzt werden, wie wir §. 506. ſehen werden.

Die **Anmerkung** lehrt: nach den alten Geſetzen mußte die Erbeseinſetzung **befehlsweiſe** geſchehen. Titius heres eſto, Titium heredem inſtituo, u. d. g. Bittweiſe: z. E. Titium rogo ut heres ſit, konnte ſie nicht abgefaßt werden. Der Grund liegt darin, weil

die Teſtamente als Geſetze angeſehen wurden; (§. 438.) aber nach dem neuen römiſchen Recht und heutigestages kann der Teſtator eine jede beliebige Formel gebrauchen.

(1) Strube rechtl. Bed. 2. Theil. 180. Seite.

(2) Auch in den privilegirten Teſtamenten (§. 443.) muß ein Erbe ernennt werden, wann ſie als Teſtamente gelten ſollen; und das römiſche Recht iſt in dieſem Stück bey uns angenommen. *Ioh. Frid. Wahl* diſſ. de iuſta liberos hered. inſtituendi forma, pag. 43.

§. 442. Fortſetzung.

Das Teſtament iſt eine Willenserklärung. Daraus folgt 1) daß niemand ein Teſtament machen kann, als wer den Gebrauch ſeiner Vernunft hat. Im Titel quibus non eſt permiſſum facere teſtamentum wird dieſer Satz weiter aus einander geſetzt werden.

2) Da man ſeinen Willen auf zweyerley Art, **mündlich** und **ſchriftlich** erklären kann: ſo giebt es auch zweyerley Arten von Teſtamenten, **mündliche**, *nuncupativa*, und **ſchriftliche**, *ſcripta*. (* 1).

3) Das Teſtament enthält eine Erbeseinſetzung, und der Erbe iſt ein Succeſſor in alle Rechte des Verſtorbenen. Hieraus folgt, daß, wer ein Teſtament machen will, über ſein ganzes Vermögen diſponiren müſſe.

Niemand 4) kann pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus ſterben. Das heiſt, es geht nicht an, daß von mehreren Erben Eines und deſſelben Verſtorbenen einige als Teſtamentserben, und die übrige als Inteſtaterben ſuccediren. Die Regeln der teſtamentariſchen und Inteſtaterbfolge ſind ſo verſchieden, daß man ſie nicht beyde zuſammen bey Einer Erbſchaft anwenden kann. Earum rerum naturaliter inter ſe pugna eſt, teſtatus et inteſtatus ſagt Pomponius in der L. 7. de reg. iur. Wann ich meine Inteſtaterben A. B. C. im Teſtament einſetze, und ihnen einen Fremden D. beyfüge: ſo erben zwar dieſe Perſonen zuſammen, aber alle als Teſtamentserben. Die Regel übrigens, nemo pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus decedere poteſt (* 2) iſt fruchtbar an practiſchen Folgen. Es folgt daraus a) daß, wann ich einen Menſchen nur auf einen Theil meines Vermögens, z. E. auf ein Drittheil einſetze, ohne zu beſtimmen, wer die übrige zwey Drittheile haben ſoll, der eingeſetzte Erbe alles bekommt. Dann wer ſoll ſonſt die zwey Drittheile haben? Die Erben ab inteſtato? Auf dieſe Weiſe würde ich pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus ſterben. b) Wann ich einen auf eine gewiſſe Zeit, z. E. nur auf 10 Jahre zum Erben ernenne, ohne zu ſagen, wer nach dieſen 10 Jahren die Erbſchaft haben ſoll: ſo bleibt er beſtändig Erbe. Wem will man nach

nach Verlauf der 10 Jahre die Erbſchaft geben? Die Inteſtaterben können ſie nicht verlangen, weil dies der eben angeführten Regel, nemo pro parte teſtatus etc. zuwider wäre. c) Geſetzt, ich ernennte jemanden zum Erben, dergeſtalt, daß er erſt nach 10 Jahren von meinem Abſterben an, die Erbſchaft haben ſollte, und hätte doch nicht verordnet, wer Erbe in den erſten 10 Jahren ſeyn ſoll. In dieſem Falle bekommt der Eingeſetzte die Verlaſſenſchaft ſogleich nach meinem Tode, und nicht die Inteſtaterben. L. 41. pr. D. de teſtam. mil. L. 34. L. 88. pr. D. de hered. inſtit. L. 7. §. 10. D. de minor. Der Grund iſt wie vorhin. Wollte man in den erſten 10 Jahren die Inteſtaterben zulaſſen, ſo würde ich anfangs inteſtatus, nachher teſtatus ſeyn. Daß es übrigens in Deutſchland Fälle giebt, wo einer pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus ſtirbt, zeigt Heineccius. (*3). Auſſer dieſen Fällen aber gilt die römiſche Regel auch bey uns. (*4).

5) Zwey oder mehr Teſtamente können nicht zugleich gelten. Denn in jedem iſt ein Erbe ernennt; jeder Erbe iſt ein ſucceſſor im ganzen Vermögen; nun kann aber nicht der eine das ganze, und der andere auch das ganze erben. Stirbt alſo jemand, und man findet mehrere Teſtamente von ihm: ſo gilt nur eines, und zwar:

6) Das letzte. Dann ein Teſtament iſt ein einſeitiger Wille. Der Erbe bekommt kein unwiderrufliches Recht, ſo lang der Teſtator lebt. Dieſer iſt alſo befugt, ſein Teſtament ſo oft zu ändern, als es ihm gefällt. Man drückt dieſes ſonſt auch alſo aus: voluntas hominis ambulatoria eſt usque ad mortem.

(1) Man ſ. von dieſem Unterſchied *Ferd. Aug. Hommel* diſſ. de ſcriptura eiusque neceſſitate in teſtamento nuncupativo Lipſ. 1729.

(2) Eine weitläuftige Abhandlung über dieſe Regel hat *Marckart* in interpret. recept. lect. lib. 2. cap. 24.

(3) *Heinecc.* elem. iur. germ. lib. 2. tit. 7. §. 200. Tom. 1. pag. 515.

(4) *Reinharth* ad *Chriſtin.* Vol. 4. Obj. 18.

§. 443. Fortſetzung.

Der letzte Character in der Definition des Teſtaments war: es iſt ein Wille, der nach geſetzlicher Vorſchrift erklärt iſt. Man kann nemlich ſein Teſtament unter öffentlicher Autorität, man kann es auch *privatim* machen. Im erſten Fall heiſt es *publicum*, im letzten *privatum*. Das publicum wird entweder vor dem Landesherrn, oder vor dem Richter gemacht, das privatum vor keinem von beyden.

Publice alſo mache ich mein Teſtament, a) wann ich zu dem Landesherrn gehe und ihm mündlich ſage, wer mein Erbe ſeyn ſoll; oder b) ihm mein Teſtament ſchriftlich überreiche. c) Wann ich ihn erſuche, mir Deputirte zu ſchicken, und vor dieſen mein Teſtament mündlich mache; oder d) dieſen Deputirten es geſchrieben übergebe. e) Wann ich mich zu dem Richter verfüge, und ihm meinen letzten Willen mündlich eröffne. (*1) f) Wann ich ein ſchriftliches Teſtament im Gericht hinterlege. Ferner g) wann ich den Richter erſuche, in Perſon zu mir zu kommen, oder Deputirte zu ſchicken, und nun meinen letzten Willen mündlich erkläre. Endlich h) wann ich dem Richter oder ſeinen Deputirten die zu mir gekommen ſind, das Teſtament ſchriftlich zuſtelle. (*2) In allen dieſen Fällen ſind keine Solennitäten, z. E. keine Zeugen nöthig. Der Landesherr und Richter ſind ſtatt aller Solennitäten. Der Richter braucht auch nicht competent zu ſeyn; das heiſt ich kann mein Teſtament bey jedem Richter machen, auch bey einem ſolchen, unter dem ich nicht ſtehe. (*3).

Hingegen das Privatteſtament erfordert der Regel nach manche Feyerlichkeiten, und zwar bey Strafe der Nichtigkeit; das heiſt, wann nur eine einzige der vorgeſchriebenen Solennitäten unterbleibt: ſo iſt das ganze Teſtament ungültig. Ich ſage **der Regel nach**; dann es giebt Fälle, wo bey einem Privatteſtament alle, es giebt auch ſolche, wo einige Feyerlichkeiten unterbleiben können, ohne daß das Teſtament ungültig wird. Daher theilt man die **Privatteſtamente** in ſolenne und nicht ſolenne oder privilegirte ein. Solenne heiſen die, bey welchen alle vorgeſchriebene Feyerlichkeiten zu beobachten ſind. Nicht ſolenne oder privilegirte, bey welchen ſie unterbleiben können. (Man ſ. die zu dieſem §. gehörige Tabelle.) Der gegenwärtige Titel handelt von ſolennen, der folgende von nicht ſolennen Teſtamenten.

Uebrigens muß ich noch anmerken, 1) daß wann jemand behauptet, der Teſtirer habe erforderliche Solennitäten nicht beobachtet, er den Beweiß führen muß. (*4). Dann für jedes Document ſtreitet, wie die Juriſten ſich ausdrücken, praeſumtio ſolennitatis. 2) Wann eine Kleinigkeit bey einem Teſtament verſehen, man aber doch verſichert iſt, daß es des Teſtators Willen, und kein Betrug dabey paſſirt ſey: ſo muß es der Richter aufrecht erhalten. (*5).

(1) Ob der Richter nothwendig ein Protocoll darüber führen müſſe, unterſucht *Lauterbach* diſſ. de teſtamento iudiciali th. 23. und *Nettelbladt* diſſ. de teſtam. nuncupativo in ſcripturam redacto cap. 1. §. 13.

(2) Ob man dem Richter ein Teſtament durch einen Bevollmächtigten überſchicken könne, iſt zweifelhaft; doch iſt die bejahende Meynung die richtigſte. Dann ein Bevollmächtiger iſt in allen Fällen zuläßig, wo die Geſetze die Gegenwart des Principals nicht ausdrücklich erfordern. Nur muß der Bevollmächtigte eine ſpecielle Vollmacht beybringen, oder es muß auf andere Art erwieſen werden, daß

die

die Uebergabe mit des Teſtirers Willen geſchehen ſey. *Ioh. Frid. Wahl* diſſ. de iuſta liberos heredes inſtituendi forma pag. 24. ſeqq. Deciſ. Caſſel. Tom. I. Deciſ. 21. **Strube** rechtl. Bed. 1. Theil. 317. Seite, 4. Theil 230. Seite. **Quiſtorp** Beyträge zur Erläuterung verſchiedener Rechtsmaterien 3. Stück, 134. Seite. Der gegentheiligen Meynung ſind *Pufendorf* Tom. 4. Obſ. 197. et animadv. 81. *Cramer* obſ. iur. univ. Tom. I. Obſ. 17. *Spis* diſſ. de teſtamento per procuratorem non inſinuando (Altorf. 1742.) §. 3. ſeqq.

(3) Dies iſt wenigſtens in unſerer Praxis ganz ausgemacht, obgleich verſchiedene Juriſten, z. E. *Merenda* in controverſ. iur. Lib. 3. cap. 47. nach dem römiſchen Recht im gerichtlichen Teſtament ſieben Zeugen erfordern. Man ſehe auch *Fachinaei* controv. iur. lib. 6. cap. 86.

(4) *Wahl* l. c. p. 37. **Strube** rechtl. Bed. part. 5. pag. 46. *Pufendorf* tom. 2. obſ. 144. pag. 498.

(5) *Leyſer* ſpec. 500. med. 12. Deciſ. Caſſell. Tom. 2. Dec. ult. n. 16.

§. 444. Solennitäten, welche in den Privatteſtamenten nöthig ſind. Unitas temporis et actus.

In jedem Privatteſtament werden nach der Regel folgende Solennitäten erfordert, 1) muß *unitas temporis* und *actus* beobachtet werden. Unitas temporis, das heißt, das Teſtament muß auf einmal gemacht werden, es gehet nicht an, daß man es heute anfange, morgen fortſetze, und übermorgen endige. Unitas actus, das iſt, während des actus teſtandi darf keine andere fremde Handlung vorgenommen, kein Contract geſchloſſen werden. Man denke ſich den Fall: ich erkläre meinen letzten Willen mündlich; als ich den Erben ernennt, und nun an die Vermächtniſſe komme; unter andern der Kirche mein Haus vermache: ſo erſucht mich einer der Zeugen, ihm es zu verkaufen, und der Kirche lieber das Geld zu vermachen. Ich willige in dieſen Antrag, der Kauf wird richtig, und nun fahre ich mit der Eröffnung meines letzten Willens fort. Dieſes Teſtament iſt ungültig, weil der actus teſtandi, durch einen Kaufcontract unterbrochen worden iſt. (*[1])

Um übrigens beurtheilen zu können, ob der actus teſtandi zu Einer Zeit und ununterbrochen vorgenommen worden ſey: muß man den Punct wiſſen, wo er anfängt, und wo er ſich endigt. In dem mündlichen Teſtament fängt er an, wann der Teſtator die Zeugen erſucht, ſeinen letzten Willen anzuhören, und iſt geendigt, wann der Teſtirer mit ſeiner Erklärung fertig iſt. Im ſchriftlichen fängt er an, wann der Teſtator die Zeugen bittet, ſeinen Willen zu unterſchreiben, und zu unterſiegeln; und hört auf, wann der letzte Zeuge unterſiegelt hat. Der Teſtator kann alſo Wochen, Monate und Jahre lang an ſeinem Teſtamente ſchreiben, Dieß iſt der Einheit der Zeit nicht entgegen.

Nur von dem Augenblick an, da er die Zeugen um Unterſchrift und Unterſiegelung erſucht, muß keine Unterbrechung mehr geſchehen.

(1) Einige behaupten, daß während des Teſtamentactus allerdings ein Contract geſchloſſen werden könne. *Hoenonii* diſp. iurid. lib. 1. diſp. 7. theſ. 6. wenigſtens nach unſrer Praxis. Z. E. *Carpzov*. part. 3. conſt. 5. def. 20. *Esbach* ad *Carpzov*. part. 3. conſt. 3. def. 10. nr. 4. aber andere widerſprechen mit Grund. *Cocceji* iur. contr. tit. qui teſt. fac. poſſ. Quaeſt. 10. *Struv*. Ex. 32. th. 10. *Wernher* P. 5. obſ. 38. Doch glaubt letzterer P. 3. obſ. 163. daß dieſe Verordnung nur auf mündliche Teſtamente paſſe. So viel iſt gewiß, daß eine einſeitige Handlung des Teſtators, wenn er z. E. im Teſtament ein Grundſtück einem ſeiner Erben für eine gewiſſe Summe anſchlägt, dem Teſtament unſchädlich iſt.

§. 445. Fortſetzung. Gegenwart von ſieben Zeugen.

Das Privatteſtament erfordert 2) ſieben Zeugen, der Grund dieſer Anzahl iſt oben erklärt worden. (§. 439.) (* 1). Dieſe müſſen *ſpecialiter rogati* ſeyn, das heiſt: ſie müſſen entweder zu dem Ende zuſammen gerufen werden, daß ſie Teſtamentszeugen ſeyn ſollen; oder wann ſie aus einer andern Urſache ſchon verſammelt ſind: ſo muß man ihnen erklären, daß man ſie zu Zeugen anrufe. Wann jemand in der größten Geſellſchaft erklärte, wer ihn erben ſollte, und nicht erſuchte, daß ſie Zeugen deſſen ſeyn möchten: ſo gilt dieſe Erklärung nicht als ein Teſtament. Dieß iſt nicht nur dem römiſchen Recht, ſondern auch der Notariatsordnung Maximilians gemäß. In dieſer heiſt es: es iſt auch im Teſtament nöthig, daß die Zeugen nicht allein gebeten, ſondern inſonderheit zu Aufrichtung des Teſtaments berufen und genommen, oder aufs wenigſte, wo ſie ungeſchickter Dinge unberufen zugegen wären, dazu ermahnt und beſprochen werden. Der Grund dieſer Vorſchrift liegt theils darin, weil das Teſtament (per aes et libram) eine feyerliche Handlung war, und in dergleichen Handlungen eine ſolenne Requiſition (rogatio) der Zeugen erfordert wurde; theils aber iſt er darin zu ſuchen, daß dieſe Rogation den ernſtlichen Willen des Teſtators zu erkennen giebt. Ohne ſie weiß man nicht, ob die Erklärung ein ernſtlich gemeynter letzter Wille oder ein bloſſer flüchtiger Gedanke war. Da die Rogation res facti iſt, wie die Juriſten reden: ſo wird ſie nicht präſumirt, ſondern muß erwieſen werden. (* 2) Uebrigens iſt es nicht nöthig, daß der Teſtator ſelbſt dieſe Rogation vornehme; dann ein anderer kann es in deſſen Namen thun. Auch kann ſie implicite geſchehen; z. E. man erſuche den Herrn N. N. heute Nachmittag, Glocke vier zu kommen, und ſein Pettſchaft mitzubringen. (* 3). Dieſe Zeugen müſſen ferner, wie L. 9. Cod. cit. ſagt, *in conſpectu teſtatoris* ſeyn. Was dieß heiſſe, iſt ſehr zweifelhaft. Dann a) kann es blos die Gegenwart, und b) den eigent-

lichen

lichen Anblick bedeuten. Jemand kann mir gegenwärtig ſeyn, ohne daß wir uns ſehen, z. E. weil es ſtockfinſter iſt. Nimmt man es für den Anblick: ſo kann es bb) heiſſen, die Zeugen müſſen wir ſehen; endlich kann es auch cc) bedeuten, ſie müſſen beyde einander ſehen. Wann der Teſtator z. E. hinter einem Vorhange liegt, und durch eine Spalte ſieht: ſo kann er die Zeugen, ſie aber ihn nicht erblicken. Iſt der Teſtator blind: ſo ſehen ihn die Zeugen, er ſie aber nicht. Man bemerke alſo 1) ſoviel iſt gewiß, der Teſtator braucht nicht ſehend zu ſeyn, dann auch blinde können teſtiren. 2) Ob ein Blinder, Teſtamentszeuge ſeyn kann, iſt zweifelhaft. Laurich (* 4) läßt ihn zu, aber anderer Meynung iſt Koch (* 5). Das iſt nicht zu leugnen, daß ein Teſtament ungültig ſeyn würde, bey welchem ſieben blinde Zeugen geweſen wären. Wann aber Einer oder einige blind geweſen wären, und wenigſtens zwey ſehend: ſo glaube ich nicht, daß das Teſtament mit Grund angefochten werden könne. 3) Wann die Zeugen den Teſtator nicht ſehen, weil es finſter im Zimmer, weil ein Vorhang, eine ſpaniſche Wand, und dergl. zwiſchen ihnen iſt: ſo iſt das Teſtament ungültig; (* 6) dann die certitudo voluntatis fehlt; das heiſt, man iſt nicht verſichert, daß der, welcher das Teſtament gemacht hat, auch derjenige wirklich geweſen iſt, für den er ſich ausgegeben hat. Wie leicht iſt bey dieſen Umſtänden ein Betrug möglich.

Endlich müſſen auch die Zeugen fähig ſeyn, bey einer feyerlichen Handlung gegenwärtig zu ſeyn; alſo daß ſie glaubwürdige Leute ſind, iſt nicht genug. Daher können folgende Perſonen nicht im Teſtamente zu Zeugen gebraucht werden. Weibsperſonen, Unmündige, Sklaven, Wahnwitzige, Taube, Stumme, Verſchwender, (ſolche nemlich die von der Obrigkeit förmlich dafür erklärt ſind,) Leute, die wegen eines öffentlichen Verbrechens zur Strafe gezogen worden ſind; nach dem canoniſchen Recht alle Ehrloſe. Weiter darf der Erbe ſelbſt nicht unter den Zeugen ſeyn; dann er und der Teſtator werden als eine Perſon angeſehen; wann er alſo Zeuge ſeyn wollte, ſo wäre es eben ſo viel, als ob der Teſtator ſelbſt Zeuge wäre. Endlich müſſen auch die Zeugen durch keine Verbindung der väterlichen Gewalt verhindert werden. Nemlich a) der Zeuge darf nicht in des Teſtators väterlicher Gewalt ſeyn, das heiſt, wann ich ein Teſtament mache: ſo kann ich meine eigene filios familias nicht zu Zeugen brauchen. Der Grund iſt, weil ich und ſie eine Perſon ſind. Eben ſo wenig gehet es b) an, daß der Teſtirer in des Zeugen Gewalt ſey; das heiſt, wann der filius familias ein Teſtament macht: (§. 466.) ſo kann der Vater nicht Zeuge ſeyn. (* 7). c) Der Zeuge darf ferner nicht in des Erben väterlicher Gewalt ſtehen; wann ich den A. zum Erben ernenne: ſo kann ich deſſen filios familias nicht als Zeugen zuziehen. d) Der Erbe muß nicht in des Zeugens

våterlicher Gewalt ſeyn; das iſt, wann ich einen filium familias zum Erben einſetze, ſo kann deſſen Vater nicht Teſtamentszeuge ſeyn. e) Der Zeuge und Erbe ſollen nicht in einerley våterlicher Gewalt ſeyn; oder wann ich von zwey Brůdern, die noch filii familias ſind, einen einſetze: ſo kann der andere im Teſtament nicht zeugen. Der Grund aller dieſer Regeln liegt in der perſönlichen Einheit des Vaters und des Sohnes. f) Die bloſe Blutsfreundſchaft ſchadet nichts. Ich kann alſo meine Söhne, wann ſie aus der våterlichen Gewalt gegangen ſind, in meinem Teſtamente als Zeugen gebrauchen; ich kann die Söhne meines Erben dazu nehmen, wann ſie ſui iuris ſind, u. ſ. w. (* 8). g) Die Verbindung der Zeugen unter ſich ſchadet ebenfalls nichts. Es gehet alſo an, daß ein Zeuge filius familias des andern Zeugen iſt. Sogar wann ein Vater ſechs mündige Söhne hat, die noch alle in ſeiner Gewalt ſind: ſo kann er mit ihnen zu einem Teſtament gezogen werden. Endlich h) können auch die legatarii und fideicommiſſarii ſingulares Zeugen im Teſtament ſeyn. (* 9).

(1) Man ſehe *Ferd. Aug. Hommel* diſſ. de numero ſeptenario teſtium.

(2) *Vinnius* h. t. n. 6.

(3) *Boehmer* conſult. et deciſ. Vol. 1. Dec. 649. n. 12. 13. Dec. 651. n. 20.

(4) Diſſ. de coeco idoneo in teſtamento teſte Lipſ. 1773.

(5) Progr. de conſpectu teſtatoris. Giſſ. 1775. Man ſehe auch **Walch** controv. pag. 214.

(6) *Wahl* diſſ. de iuſta liberos heredes inſtituendi forma, pag. 36.

(7) *Vinnius* ad §. 9. h. t. n. 3.

(8) Verſchiedene Juriſten behaupten zwar, daß jede Verbindung des Zeugen mit dem Erben zum Zeugniß im Teſtament unfähig mache. Man ſehe **Hertels** Thee- und Caffeetaſſe 16. und 17. Gout. Aber unſere Meynung iſt den Geſetzen gemåſſer. In dem §. 10. I. h. t. heißt es ausdrücklich: neque heres ſcriptus, neque is, qui *in poteſtate* eius, neque pater eius, qui eum habet *in poteſtate*, neque fratres, qui in eiusdem *patris poteſtate* ſunt, teſtes adhiberi poſſunt. Und in der L. 20. pr. D. qui teſtam. fac. poſſ. hi enim teſtes poſſunt adhiberi, ſi aliud eos nihil impediat, ut puta ſi impubes, ſi in *poteſtate ſit teſtatoris*. Auch in der Notariatsordnung Max. I. heißt es: die ſo in der Gewalt des Teſtirers ſeyn, könnten nicht zu Zeugen genommen werden. **Struben** rechtl. Bed. 3. Theil. 327. Seite. *Molitor* diſſ. deciſiones ex praxi Moguntina continens (Mogunt. 178.) deciſ. 2.

(9) §. 11. I. h. t. ibique *Vinnius*. Eine ſehr umſtändliche Abhandlung der Frage, welche Perſonen im Teſtament Zeugen ſeyn können, hat *Guil. Maſius* ſingular. opin. lib. 6. cap. 17. 18. 19. 20. pag. 728. 758.

§. 446. Erforderniſſe des ſchriftlichen Teſtaments.

Bisher haben wir die Feyerlichkeiten kennen gelernt, die in jedem Teſtamente, es ſey mündlich oder ſchriftlich, beobachtet werden müſſen. Das ſchriftliche Teſtament aber erfordert inſonderheit noch 3) daß der Teſtator es ſelbſt ſchreibe oder unterſchreibe. Im erſten Fall heiſt es *holographum*, im letzten *allographum*. Alſo in dem holographo iſt die Unterſchrift des Teſtators nicht nöthig. In dem *allographo* aber iſt ſie erforderlich, und muß, welches wohl zu bemerken iſt, in Gegenwart der Zeugen geſchehen. Nach den Geſetzen iſt nur nöthig, daß der Teſtator einmal, am Ende unterſchreibe. Indeſſen iſt es gewöhnlich und rathſam, daß er auf allen Blättern unterſchreibt. Wann der Teſtator nicht ſchreiben kann, weil er es entweder nie gelernt hat, oder jetzt durch die Krankheit daran verhindert wird: ſo muß er noch einen achten Zeugen zuziehen; und dieſer unterſchreibt ſeinen eigenen, nicht des Teſtators Namen; z. E. Titius in des Herrn Teſtators Namen.

Nach der Note hat Juſtinian zwar in den Inſtitutionen und dem Codex vorgeſchrieben, daß der Teſtator mit eigener Hand, oder wann er nicht ſchreiben kann, ein Zeuge den Namen des Erben ſchreiben ſolle. Aber in der angeführten Novelle iſt dieſe Verordnung wieder aufgehoben. (*[1])

(1) *Puſendorf* Tom. 3. obſ. 5. §. 2. pag. 15.

§. 447. Fortſetzung.

Die Zeugen müſſen 4) das Teſtament unterſchreiben, (*[1]) und unterſiegeln. Bey den Römern mußten ſie mit einem Siegelring ſiegeln; (*[2]) heutiges Tages iſt es einerley, ob es mit einem Siegelring, oder mit einem andern Pettſchaft geſchieht. (*[3]). Auch iſt nicht nöthig, daß jeder ſein eigenes Pettſchaft habe; ſie können mit geliehenen Pettſchaften; L. 22 §. 2. D. qui teſtam fac. poſſ. L. 12. C. de teſtam. ja ſie können alle mit einem Pettſchaft ſiegeln. Doch muß es ein wirkliches Pettſchaft ſeyn, was ſie gebrauchen; eine Münze kann in dieſem Fall nicht ſtatt eines Pettſchafts gelten.

(1) Und zwar iſt genug, daß ſie ihren Namen unterſchreiben, daß ſie hinzuſetzen, als Teſtamentszeuge iſt nicht nöthig. *G. L. Boehmer* diſſ. de teſtam. ſignato et ſubſcripto in involucro. §. 2. in Elect. iur. civ. Tom. 1. pag. 49. ſeqq.

(2) L. 22. §. 5. D. qui teſtam. fac. poſſ. ſagt: magis eſt, ut tantum annulo quis poſſet ſignare. Die Urſache unterſucht *Herm. Cannegieter* obſ. lib. 1. cap. 13. Der Ring war ein Symbol der Feſtigkeit und Gültigkeit.

(3) *Graſſi* collat. iur. rom. cum receſſ. Imper. pag. 134.

§. 448. Sprache des Teſtaments.

Die Sprache, worinn jemand ein ſchriftliches Teſtament machen, und das Formular, deſſen er ſich bedienen will, iſt willkührlich. Nur muß er es mit Buchſtaben, nicht mit ungewöhnlichen Characteren ſchreiben. Die Zahlen mit Ziffern zu ſchreiben, iſt nicht verboten. (* 1). Auch die Materie, worauf er es ſchreiben will, iſt gleichgültig, (* 2). Die Römer ſchrieben vieles in cera, das heiſt auf Tafeln von Lindenholz, die ganz dünne mit ſchwarzem Wachs überzogen waren, ſo daß man mit einem Griffel die Buchſtaben in das Wachs eingrub, und die weiſe Tafel hervorleuchtete. Mann kann auch das Teſtament auf charta deletitia und οπιςϑογραφος ſchreiben, wann es nur zu leſen iſt. Was das erſte für Papier war, iſt zweifelhaft. Einige ſagen, es ſey eine Papierart geweſen, von der man die Schrift mit einem Schwamme habe abwaſchen können, andere verſtehen mit unſerm Autor ein Papier darunter, auf dem eine Schrift geſtanden hat, die aber wieder ausradirt worden iſt. Οπιςϑογραφος charta heiſt Papier, deſſen eine Seite ſchon zuvor mit etwas anders beſchrieben iſt. (* 3).

(1) *Muller* ad *Struv.* Ex. 32. th. 10. lit. E.

(2) *G. L. Boehmer* diſſ. cit. §. 2. in elect. p. 36. ſeqq.

(3) *Textor* diſſ. de opiſtographo, in diſſ. academ. Part. 1. pag. 426. ſeqq.

§. 449. Erforderniſſe des mündlichen.

Bey dem mündlichen Teſtament iſt nichts erforderlich, als daß der Teſtator vor ſieben erbetenen teſtamentsfähigen Zeugen, in einer Sprache, die ſie verſtehen, ſeinen letzten Willen mündlich erklärt. Alſo die Zeugen müſſen die Sprache des Teſtators verſtehen, welches bey dem ſchriftlichen Teſtament nicht nöthig iſt. (* 1). Meiſtens bringen die Zeugen, die ein mündliches Teſtament angehört haben, es zu Papier, um den Inhalt nicht zu vergeſſen. Durch dieſe Handlung wird das mündliche Teſtament nicht in ein ſchriftliches verwandelt. Der Satz iſt wichtig wegen ſeiner Folgen. Wann nemlich dieſer von den Zeugen gemachte Aufſatz die Erforderniſſe eines ſchriftlichen Teſtaments nicht hat; z. E. die Unterſchrift des Teſtators fehlt; nicht alle Zeugen haben unterſchrieben; er iſt nicht unterſiegelt: ſo iſt deswegen das Teſtament nicht ungültig. Dann dieſes iſt mündlich gemacht, und muß mit dem Aufſatz, welchen die Zeugen verfertigt haben, nicht verwechſelt werden. (* 2).

(1) Vinn. ad §. 14. I. h. t. n. 2.

(2) Man ſ. von dieſer Art Teſtamente *Nettelbladt* diſſ. de teſtamento nuncupativo in ſcripturam redacto. Hal. 1753.

§. 450.

§. 450. Deutſches Recht.

Heutigestages werden zwar viele Privat- und feyerliche Teſtamente gemacht; aber eben ſo oft macht man auch gerichtliche Teſtamente, und es iſt rathſamer dieſe Teſtirart zu wählen, weil es leicht möglich iſt, einen Fehler bey einem Privatteſtamente zu begehen, wodurch es nichtig wird. Seltner ſind die Teſtamente, welche ſich auf landesherrliche Autorität gründen, doch ſind ſie nicht ganz auſſer Uebung. Nach dem canoniſchen Recht gilt ein Teſtament, das vor dem Pfarrer und zwey Zeugen verfertiget iſt; aber an wenigen Orten, ſelbſt in catholiſchen Ländern, iſt dieſe Verordnung angenommen. (*1). In manchen Provinzen und Städten hat man eigene Geſetze oder Gewohnheiten in dieſer Materie, z. E. in der Reichsſtadt Frankfurt gilt ein Teſtament das vor drey Rathsverwandten errichtet iſt; im Würtenbergiſchen ſind fünf Zeugen hinlänglich. Wann übrigens ein Teſtament den Geſetzen des Ortes, wo es gemacht wurde, gemäß iſt: ſo gilt es an allen Orten; obgleich an dieſen andere Solennitäten vorgeſchrieben ſind. (*2). Wann z. E. ein Heſſen-Darmſtädtiſcher Unterthan nach Frankfurt reiſet; dort ſein Teſtament vor drey Rathsverwandten macht, und es mit zurück in das Darmſtädtiſche bringt: ſo iſt es hier gültig, obgleich das römiſche Recht in dieſer Lehre bey uns gilt. Dann die Regel iſt überhaupt: wann die Rede von der Gültigkeit eines juriſtiſchen Geſchäfts iſt: ſo muß man auf die Geſetze desjenigen Orts ſehen, wo das Geſchäft vorgenommen worden iſt.

Zuweilen wird ein Notarius mit zwey Zeugen zu dem Teſtamentsactus genommen, welcher dann über die ganze Handlung ein Inſtrument errichtet. Wozu dient dies? Bey dem ſchriftlichen Teſtament hat es den Nutzen: man kann aus dem Notariatsinſtrument ſogleich beweiſen, daß bey der Verfertigung des Teſtaments alle Solennitäten beobachtet worden ſind; daß z. E. die Zeugen gehörig rogirt worden; daß ſie den Teſtator geſehen haben, daß Einheit der Zeit und Handlung beobachtet worden ſind. Bey dem mündlichen Teſtament hat dieſes Inſtrument noch einen größern Nutzen. Man kann daraus den Inhalt des Teſtaments beweiſen, und es iſt nicht nöthig, die Zeugen eidlich darüber zu vernehmen. (*3).

(1) *Wahl* diſſ. de iuſta lib. hered. inſtit. forma, pag. 33. ſeqq.

(2) *Hert* Dec. 503. n. 12. *Heineccii* diſſ. de teſtamenti fact. iur. Germ. arctiſſ. limit. paſſim circum ſcripta §. 30. in opuſc. pag. 962. *Puſendorf* Tom. 1. obſ. 28. p. 59. doch ſehe man *Reinhart* ad *Chriſtin.* Vol. 1. obſ. 32. nr. 3. Vol. 4. obſ. 13.

(3) *Hert* Dec. 645. n. 5. Strube rechtl. Bed. 4. Theil. 46. Seite.

TIT. XI.

De militari teſtamento.

§. 451. Was ſind privilegirte Teſtamente?

Wer ein Privatteſtament machen will, muß der Regel nach alle vorgeſchriebene Solennitäten beobachten, ſonſt iſt ſein letzter Wille nichtig. Indeſſen giebt es einige Teſtamente, worinn 1) gar keine Solennitäten nöthig; andere 2) worinn von den gewöhnlichen nur einige zu beobachten, die übrige nachgelaſſen ſind; noch andere 3) worinn ſtatt der gewöhnlichen, ganz eigne beſondere Feyerlichkeiten beobachtet werden müſſen, deren aber doch nicht ſo viele, als der gewöhnlichen ſind. Dieſe drey Gattungen von Teſtamenten heiſen *privilegiata*, oder *minus ſolennia*. Ich ſage es giebt Teſtamente, worin alle Solennitäten nachgelaſſen ſind. Dahin gehört a) das Teſtament eines Soldaten, und b) das, worinn eine *pia cauſa* eingeſetzt wird. Die, worin einige Solennitäten fehlen dürfen, ſind a) das zur Peſtzeit, b) das auf dem Land verfertigte, und c) eines worinn die Inteſtaterben eingeſetzt ſind, die in einem vorhergehenden letzten Willen ausgeſchloſſen waren. Endlich ein Teſtament, in welchem ganz eigene Solennitäten vorgeſchrieben ſind, doch weniger als bey den ſolennen Teſtamenten, iſt das, welches Eltern unter Kindern machen.

§. 452. Vom militariſchen Teſtament.

Das erſte Teſtament alſo, welches gar keiner Solennitäten bedarf, iſt das militariſche. Schon in den älteſten Zeiten, vor den Geſetzen der 12. Tafeln, hatten die Römer ein privilegirtes militariſches Teſtament. Wann nemlich die Soldaten zum Treffen aufmarſchirten, ihre Schilder ergriffen, und die Toga auf gewiſſe Art um ſich wickelten, um bequemer fechten zu können, (welches cinctus gabinus hies:) ſo konnten ſie vor drey Zeugen einen Erben ernennen. Dies Teſtament hies *teſtamentum procinctum* oder *in procinctu factum*. In den neuern Zeiten kam es auſſer Uebung. (*1). Das letzte Exempel findet man bey Vellejus Paterc. am a. O. um das Jahr 610. Zu Cicero's Zeiten hatte man dieſe Teſtamente nicht mehr. (*2). Indeſſen gaben Julius Cäſar, nachher Titus, Domitianus, Nerva und endlich Trajan den Soldaten das Recht, ohne Solennitäten zu teſtiren wieder. Ulpian ſagt alſo mit Grunde, daß ſich das militariſche Teſtament in den Verordnungen der Kayſer gründe.

(1) Ci-

(1) Cicero de nat. Deor. Lib. 2. cap. 3.

(2) Ausführlich hat von dieſer Materie gehandelt *Schott* diſſ. de teſtamento in procinctu facto, in opuſc. pag. 126.

§. 453. Grundſätze von demſelben.

Die bey dieſem Teſtament feſtgeſtellte Grundſätze ſind: 1) die Urſache des militariſchen Privilegiums bey Teſtamenten iſt *functio periculorum*; das heiſt die Lebensgefahr, worin der Soldat ſchwebt, iſt der Grund, warum er nicht an die gewöhnliche Teſtamentsfeyerlichkeiten gebunden iſt. Juſtinian ſagt zwar im pr. Inſt. h. t. die Unwiſſenheit, und Trajan in der L. 1. D. de teſtam. milit. die *ſimplicitas militum* ſey der Grund; allein auf dieſe Weiſe müßten alle Bauern ein gleiches Recht haben, bey denen dieſelbe Unwiſſenheit und ſimplicitas ſtatt findet. Die wahre Urſache iſt alſo vielmehr die vorhin angeführte: periculorum functio.

Aber es fragt ſich 1) wie iſt dieß zu verſtehen; heiſt es ſo viel, die Soldaten haben zur Belohnung für die Lebensgefahren, denen ſie ſich zum Beſten des Staats ausſetzen, dieſes Privilegium; ſie können ſich deſſen alſo zu allen Zeiten und an allen Orten bedienen, oder heiſt es: der Soldat iſt deswegen privilegirt, weil er in der dringenden Lebensgefahr auſſer Stande iſt, die gewöhnliche Feyerlichkeiten zu beobachten; er iſt alſo nur privilegirt, wann und ſo lang er in Lebensgefahr iſt. Ich halte die letzte Erklärung für die richtigſte. Dann es wäre ein ſeltſamer Gedanke, einen Menſchen, der ſein Leben für den Staat wagt, damit belohnen zu wollen, daß man ihm erlaubte, ein Teſtament ohne Feyerlichkeiten zu machen.

2) Der Soldat iſt auf doppelte Art privilegirt, a) in Anſehung der Materie, b) in Rückſicht auf die Form des Teſtamentes; das heiſt er iſt a) nicht ſchuldig in ſeinem Teſtamente die Verordnungen zu machen, welche ein paganus (d. i. Bürger, der nicht Soldat iſt,) zu machen verbunden iſt; (man ſehe den 454. §.) er iſt auch b) nicht verbunden, diejenige äuſſerliche Formalitäten zu beobachten, die der paganus beobachten muß. (§. 455.)

3) Wann der Soldat ſich ſeiner Privilegien bedienen will: ſo muß er in expeditione ſeyn. Was dies heiſſe, iſt abermals zweifelhaft. Nach der gemeinen Meynung iſt der Soldat nur alsdann in expeditione, wann er im Gefecht, oder dazu bereit iſt, das heiſt den feindlichen Angriff entweder erwartet, oder den Feind verfolget. Einige aber glauben, daß der Soldat allezeit in expeditione ſey, wann er da iſt, wo es der Dienſt erfordert, alſo auch im Winterquartier, in einer ruhigen Garniſon in Friedenszeiten ſey er in

expe-

expeditione. Nur in dem Fall, wann er mit Urlaub um ſeiner eigenen Angelegenheiten willen vom Regiment entfernt iſt, ſey er extra expeditionem. Die gemeine Meynung aber iſt offenbar nach dem, was bey dem erſten Axiom geſagt worden, die richtigſte. Der Soldat iſt nicht in Gefahr, wann er nicht im Gefecht, auch nicht dazu bereit iſt; alſo hat er auch nur in dieſem Falle das Privilegium, und der §. 3. I. h. t. ſagt ganz deutlich, ein Soldat könne *extra caſtra* nicht militariſch teſtiren. Nach den deutſchen Geſetzen iſt die Sache auſſer Zweifel. Dann die angeführte Notariatsordnung giebt den Soldaten nur alsdann das Recht, ein privilegirtes Teſtament zu machen, wann ſie im Felde, oder Uebung des Streits ſind. In Friedenszeiten alſo haben ſie es nicht; auch im Kriege nicht, wann ſie im Winterquartier liegen, oder in einer ruhigen Garniſon, wo kein Angriff zu beſürchten iſt. (*1).

Noch wird darüber geſtritten, ob der Soldat auſſer der Expedition gar kein Privilegium in Anſehung des Teſtaments habe. Die gemeine Meynung iſt er habe keines. Nur die beyden angeführten Schriftſteller (*2) glauben, die Privilegien, welche dem Soldaten in Rückſicht auf die Form der Teſtamente zuſtehen, und die im §. 455. beſchrieben ſind, ſeyen auf die Expedition eingeſchränkt. Die Vorrechte aber, welche ein Soldat in Anſehung der Materialien habe; (ſ. den §. 454.) kämen ihm zu, er möchte ſich aufhalten, wo er wolle. Ohne Schein iſt dieſe Meynung nicht, aber ſie läßt ſich doch nicht völlig erweiſen.

(1) *Reinhart* ad *Chriſtin.* Vol. 4. obſ. 9.

(2) Desgleichen *Henr. Io. Otto Koenig* diſſ. quamdiu valeat teſtamentum militare, pag. 11.

§. 454. Privilegien in Anſehung der Teſtamentsmaterie.

Die Privilegien, welche der Soldat bey der Materie oder bey dem Inhalt des Teſtaments hat, ſind 1) daß er alle Perſonen zu Erben einſetzen kann; auch ſolche, die ſonſt nicht erbfähig ſind, z. E. Ketzer, unprivilegirte Geſellſchaften. (Man ſehe §. 485. 486.) 2) Er kann ſeine Kinder, Eltern, und Geſchwiſter enterben, und mit Stillſchweigen übergehen. Sie können daher auch die Klage nicht gegen das Teſtament anſtellen, welche den enterbten Kindern, Eltern und Geſchwiſtern eines pagani zuſtehet, querelam inofficioſi. 3) Wann ihm nach Verfertigung ſeines Teſtaments noch ein Kind gebohren wird: ſo wird dadurch das Teſtament nicht ungültig; wofern er nemlich zur Zeit des Teſtaments gewußt hat, daß der poſthumus kommen würde. L. 7. 8. D. L. 9. 10. de teſtam. mil. (*1). 4) Er kann über einen Theil ſeines

ſeines Vermögens teſtiren, und in Anſehung des Ueberreſtes die Inteſtaterbfolge gelten laſſen. Z. E. wann der Soldat ſagt: A ſoll mein Erbe ſeyn auf ein Drittheil meines Vermögens: ſo bekommt A auch nicht mehr, als ein Drittheil. Die anderen zwey Drittheile fallen auf die Inteſtaterben. Der Soldat kann alſo pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus ſterben. 5) Er kann mehrere Teſtamente machen. Dies iſt ſo zu verſtehen: wann ein Soldat mehrere Teſtamente hinterläßt, ſo **ſtreiten** ſie entweder mit einander, (z. E. in jedem iſt ein Univerſalerbe ernennt,) oder nicht; z. E. in einem iſt A auf $\frac{1}{4}$ im andern B auf $\frac{3}{4}$ eingeſetzt; oder im erſten iſt A zum Erben des **Hauſes**, im zweyten aber B als Erbe des **Landgutes** eingeſetzt, u. d. g. Streiten die Teſtamente nicht, ſo gelten ſie alle. Streiten ſie aber, ſo hat entweder der Soldat erklärt, daß ſie zuſammen gelten ſollen, oder nicht. Hat er dieſes erklärt: ſo gilt ſeine Declaration. Die mehrere eingeſetzte Univerſalerben werden als Miterben angeſehen, und theilen ſich in die Erbſchaft. (* 2). Wann aber der Soldat eine ſolche Erklärung nicht gethan hat: ſo gilt das letzte Teſtament, und das erſte wird für aufgehoben geachtet. 6) Ein Soldat kann einen directen Erben in einem Codicill ernennen. Dies iſt eigentlich widerſprechend; denn ein letzter Wille, worin ein directer Erbe ernennt iſt, iſt ein Teſtament, und ein Codicill heiſt der letzte Wille, welcher keine directe Erbeseinſetzung erhält. Indeſſen paſſirt dem Soldaten auch dieſe contradictoriſche Diſpoſition. Wann nemlich ein Soldat declarirt, daß ſein letzter Wille kein Teſtament, ſondern ein bloſes Codicill ſeyn ſolle, indeſſen darin doch einen directen Erben ernennt: ſo iſt die Einſetzung gültig. 7) Er kann ſubſtituiren wie er will. Dieſer Satz wird im 512. §. erſt deutlich gemacht werden können. Endlich kann der Soldat 8) mehr vermachen, als das Falcidiſche Geſetz erlaubt. Auch dieſer Satz läßt ſich hier nicht erklären, ſondern wird erſt im 22ten Titel verſtändlich werden.

(1) Dieſes Privilegium der Soldaten (n. 2. und 3.) iſt durch die Nov. 115. cap. 3. 4. und Nov. 123. cap. 19. nicht aufgehoben; es gilt auch in der Praxis. *Harpprecht* diſſ. de teſtam. pagani in hoſtico, n. 116. *Reinharth* diſſ. de exheredat. bona mente p. 12. ſqq.

(2) Wie aber, wann ein paganus im zweyten Teſtament ſagte, er wolle hiedurch ſein erſtes Teſtament nicht aufgehoben haben; was iſt Rechtens? Wenn aus der Erklärung des Teſtators oder aus den Umſtänden erhellet, daß das erſte Teſtament als ein Fideicommiß gelten ſoll: ſo iſt die Sache klar. Der im letzten Teſtament eingeſetzte Erbe trit die Erbſchaft an, und reſtituirt ſie dem im erſten Teſtament ernannten. L. 12. §. 1. D. de iniuſto rupto irr. Aber wenn dieß nicht erhellet, können nun beyde Teſtamente iure directo gelten, und die darin ernennte Erben als Miterben angeſehen werden? *Stryk* caut. teſtam. cap. 24. §. 59. *Mollenbec.* diſſ. de duobus teſtam. ſimul validis. cap.

cap. 1. §. 4. und andere behaupten, daß auch in dieſem Falle das erſte Teſtament nur als ein Fideicommiß beſtehen könne. Ich bin aber von der Richtigkeit dieſer Meynung nicht überzeugt.

§. 455. Privilegien bey der Teſtamentsform.

Die militariſchen Privilegien bey der Form des Teſtaments ſind 1) daß der Soldat zu dem ſchriftlichen Teſtamente gar keine Zeugen zu nehmen braucht. Es iſt genug, wann man verſichert iſt, daß er es ge- oder unterſchrieben habe. 2) Will er ein mündliches Teſtament machen: ſo hat er nur zwey Zeugen nöthig, und dieſe ſind nicht der Solennität, ſondern nur des Beweiſes wegen da. Sie brauchen alſo nicht rogirt zu ſeyn; er kann ſolche Perſonen zu Zeugen nehmen, die im Teſtamente eines pagani nicht zuläßig ſind, z. E. Weibsperſonen. (§. 445.) 3) Nur das einzige wird erfordert, daß man verſichert ſeyn muß, der Soldat habe im Ernſt und wohlbedächtlich einen zum Erben eingeſetzt. Wann er alſo discursweiſe zu ſeinem Cameraden ſagt: du ſollſt mein Erbe ſeyn, du ſollſt einmal alles haben, wann ich ſterbe: ſo kann dies nicht als ein Teſtament gelten.

§. 456 Anmerkungen über das militariſche Teſtament.

Dieſer Paragraph enthält drey Bemerkungen. Die erſte heiſt: das Privilegium, welches den Soldaten in Anſehung der Teſtamente ertheilt iſt, kommt auch in gewiſſer Maaße allen andern Perſonen zu, die mit den Soldaten im Felde ſind, und ſich in gleicher Lebensgefahr befinden. Dahin gehören 1) ſolche, die Amtshalben mit im Felde ſind, Feldprediger, Auditeur, Chirurgi, Feldapotheker, Commiſſäre, Feldbecker, u. d. gl. 2) Auch diejenigen, die ſich freywillig bey der Armee aufhalten, z. E. Volontäre, Marquetender, Spionen, u. d. gl. Ich ſage, es kommt ihnen in gewiſſer Maaße zu. Der Unterſchied zwiſchen ihnen und einem Soldaten iſt, daß ſie a) nicht anders, als bey einer ganz nahen Gefahr, ſi in hoſtico deprehenduntur, wie die Geſetze ſagen, militariſch teſtiren können; (*1) alſo während des Treffens, oder wann die Armee in Schlachtordnung ſteht, oder doch die Anſtalten zur Schlacht gemacht werden; ferner, wann der Feind ſie verfolgt; wann ſie in einer belagerten Stadt ſind u. ſ. w. b) Daß ihr Teſtament nur alsdann gültig iſt, wann ſie in derſelben Gefahr, in hoſtico, umkommen, (*2) welches bey Soldaten anders iſt, wie wir im folgenden Abſchnitt ſehen werden. (*3).

Die zweyte Bemerkung: der §. 2. I. h. t. ſagt: das militariſche Privilegium ſtehe auch den tauben und ſtummen Soldaten zu. Die Frage hierbey iſt, warum wird dieſer Satz vorgetragen, da auch ein taubſtummer *paganus* teſtiren kann, alſo der Soldat darin nichts beſonders zu haben ſcheint. Vinnius in ſeinem Commentar glaubt, die Verfertiger der Inſtitutionen hätten den

den Satz ohne Ueberlegung aus einem alten Juriſten genommen, welcher zu der Zeit ſchrieb, als die taubſtumme pagani noch nicht das Recht zu teſtiren hatten. Allein **Otto** in ſeinem Commentar, und unſer Autor in ſeinen Noten über den **Vinnius** ſuchen dieſe Verfaſſer zu rechtfertigen. Sie ſagen, ein paganus kann nur teſtiren, wann er taub oder ſtumm, der Soldat hingegen auch, wann er beydes zugleich iſt; der paganus muß ſchriftlich teſtiren, der Soldat kann es durch Zeichen thun. Ein taubſtummer ſagen ſie weiter, kann zwar nicht Soldat bleiben; wann indeſſen ein Soldat Sprache und Gehör verliehrt, und ſeinen Abſchied noch nicht hat, ſo kann er militariſch teſtiren. Mir ſcheint des **Vinnius** Meynung die gegründeteſte zu ſeyn; dann es iſt unrichtig, daß ein tauber und ſtummer paganus nicht teſtiren könne; auch kann er durch Zeichen teſtiren, wiewohl er eine landesherrliche Diſpenſation nöthig hat; (§. 468.) und daß die Geſetzgeber dem Soldaten in dem allegirten §. 2. I. h. t. erlaubt hätten, wann er taubſtumm iſt, ohne Diſpenſation durch Zeichen zu teſtiren, iſt eine aus der Luft ergriffene Conjectur.

Die dritte Bemerkung heiſt: ein Soldat kann teſtiren, wann er ſeines Zuſtandes nicht gewiß iſt. Nemlich ein paganus kann kein Teſtament machen, wann er nicht gewiß verſichert iſt, daß er ein freyer Menſch, ein Bürger und ein pater familias ſey. Wenn er z. E. zweifelt, ob er ein filius oder pater familias ſey, weil er nicht weiß, ob ſein Vater noch lebt, und in dieſem Zweifel ein Teſtament macht: ſo iſt es ungültig, ob gleich der Zweifel ohne Grund, und der teſtator zur Zeit als er das Teſtament machte, ein pater familias war; hingegen wann der Soldat in einem ſolchen Zweifel teſtirt, ſo muß man zuſehen, ob der **Zweifel gegründet** war (das heiſt der Soldat hatte wirklich den Zuſtand nicht, der zur Teſtamentifaction gehört,) oder ungegründet. Im erſten Fall iſt das Teſtament ungültig, im letzten aber gilt es. L. 44. D. h. t. L. un pr. D. de bon. poſſ. ex teſtam. mil.

(1) *Harpprecht* diſſ. de teſtamento pagani in hoſtico condito. Part. 2. n. 80. ſeqq.
(2) *Harpprecht* l. c. §. 93. ſqq. *Koenig* l. c. §. 11.
(3) Ob dergleichen Leute blos in Anſehung der Form, oder auch in Rückſicht auf die Materie des Teſtaments privilegirt ſind, iſt zweifelhaft. Jenes behauptet *Koenig* l. c. pag. 25. dieſes *Harppreeht* l. c. §. 21. ſqq. §. 52. ſqq.

§. 457. Fortſetzung.

1) Nur ein wirklicher Soldat kann militariſch teſtiren, wenn alſo ein paganus ein Teſtament ohne die gehörige Solennitäten gemacht hat, und darauf Soldat wird: ſo wird das Teſtament nicht gültig; auſſer wenn er durch Worte oder Werke zu erkennen giebt, er wolle, daß es gelten ſolle. (* 1).

Ich ſage durch **Werke**. Dergleichen ſind z. E. wann der Soldat das Teſtament wieder durchgeleſen und verſiegelt hat, oder das erſte Siegel erbricht, und ein neues darauf ſetzt, oder etwas im Teſtament ändert, zuſetzt u. d. gl. 2) Wann ein Soldat ein militariſches Teſtament gemacht hat: ſo bleibt er entweder Soldat, und ſtirbt in dieſem Stande, oder bekommt ſeinen Abſchied. Im erſten Fall gilt das Teſtament beſtändig, er mag ſo lang leben als er will. Im letzten aber muß man zuſehen, aus welcher Urſache der Abſchied erfolgt. Iſt es a) ein **ehrenvoller Abſchied**, (miſſio honeſta) welchen bey den Römern ein Soldat erhielt, wann er ſo viele Jahre gedient hatte, als jeder Bürger dienen mußte; oder b) wird der Soldat wegen ſeiner Bleſſuren, Kränklichkeit u. d. gl. als Invalide verabſchiedet, (die Römer ſagen ſi miſſio cauſaria eſt:) ſo gilt das Teſtament noch Ein Jahr lang; das heiſt, wann er ſtirbt, ehe Ein Jahr nach erhaltenem Abſchiede verfloſſen iſt, ſo gilt das Teſtament; ſtirbt er er nach Verlauf eines Jahrs, ſo gilt es nicht. Endlich c) wann er eines Verbrechens wegen weggejagt wird, (ſi miſſio ignominioſa eſt:) ſo verliert das Teſtament ſogleich ſeine Gültigkeit. (* 2).

(1) Das Gegentheil ſcheint zwar Ulpian in der L. 15. §. 2. D. h. t. zu ſagen. Aber man ſehe *Vinn.* ad §. 4. h. t. n. 3.
(2) *Koenig* diſſ. cit.

§. 458. Ob ein filius familias militariſch teſtiren kann?

1) Ein filius familias kann kein Teſtament machen, er ſey Soldat oder paganus. 2) Eine Ausnahme findet ſtatt, wenn er ein peculium caſtrenſe oder quaſi caſtrenſe hat. Darüber kann er teſtiren, und hat dabey, er mag Soldat ſeyn oder nicht, das beſondere Privilegium, daß er einſetzen kann wen er will. 3) Iſt der Sohn, welcher über ein ſolches peculium teſtiren will, ein Soldat, ſo hat er auch die übrigen Privilegien der Soldaten bey der Teſtamentifaction. Iſt er hingegen kein Soldat, ſo muß er die andern gemeinen Rechte beobachten.

§. 459. Deutſches Recht.

Nach dem römiſchen Recht kann ein Soldat in der Expedition ein mündliches Teſtament vor zwey, ein ſchriftliches ohne alle Zeugen machen. Die deutſchen Geſetze aber, nemlich die Notariatsordnung Kayſer Maximilians I. diſtinguiren zwiſchen einem Soldaten, der im wirklichen Gefecht iſt, und einem ſolchen, der zwar gegen den Feind ſteht, aber doch nicht im Gefechte, oder, wie die Worte heiſſen, **nicht in Uebung des Streits iſt**. Jener kann teſtiren, wie es das römiſche Recht erlaubt; dieſer aber muß zwey Zeugen zuziehen, er mag nun mündlich oder ſchriftlich teſtiren. (* 1). Dieſes Geſetz

beruhet

beruhet auf der Meynung der Gloſſatoren ad §. 1. I. h. t. welche glauben, daß jene Diſtinction zwiſchen einem Soldaten, der im Felde, und einem, der im wirklichen Streit iſt, auch ſchon im römiſchen Recht gegründet ſey. ((²).

(1) Graſſi collat. iur. rom. cum receſſ. Imperii p. 140. ſqq. *Reinharth* ad *Chriſt.* Vol. 4. Obſ. 9.
(2) Aber mit Unrecht. *Enenckel* de privil. milit. lib. 2. priv. 16. n. 62. ſqq.

§. 460. Vom Teſtament der Eltern unter den Kindern.

Das zweyte privilegirte Teſtament iſt das, welches Eltern unter Kindern machen. Man verſteht darunter ein Teſtament, worin Aſcendenten, Vater oder Mutter, Größvater oder Großmutter u. ſ. w. erklären, welches Kind oder Enkel erben, und wie viel jedes bekommen ſoll. Der Grund des privilegii iſt die Ehrerbietung, welche die Kinder den Eltern ſchuldig ſind, und welche nicht leidet, daß ſie das Teſtament der Eltern wegen einer mangelnden Feyerlichkeit beſtreiten. (* ¹). Das privilegium ſelbſt beſteht darin: die Eltern teſtiren entweder mündlich oder ſchriftlich. Im erſten Falle ſind zwey Zeugen erforderlich, doch nur zum Beweiſe, nicht der Solennität wegen. Im letzten Fall ſind keine Zeugen nöthig, (* ²) ſondern nur folgende Puncte zu beobachten: a) die Eltern müſſen das Teſtament ſchreiben oder unterſchreiben, b) die Kinder alle mit Namen nennen. Dies ſchreibt Juſtinian in der 107. Novelle ausdrücklich vor, und es iſt auch in Deutſchland recipirt. (* ³). c) Den Erbtheil, welchen jedes Kind haben ſoll, deutlich, das heiſt mit Buchſtaben nicht mit Ziffern ſchreiben. (* ⁴). Z. E. man muß ſchreiben: mein älteſter Sohn ſoll ein Siebentheil haben; und nicht: er ſoll $\frac{1}{7}$ haben. d) Das Datum, Jahr und Tag muß beygeſetzt werden; damit man verſichert werde, daß das Teſtament zur Vollkommenheit gekommen, kein bloſſer unvollendeter Entwurf geblieben ſey. Die 107. Novelle erfordert zwar dies, wann man das griechiſche Original lieſt, nicht. Sie ſagt nur, wenn die Eltern das Datum beyſetzen, ſo ſollen ſie es mit eigner Hand thun. (* ⁵) Aber nach der gemeinen Ueberſetzung (verſione vulgata) iſt es nöthig, und da dieſe in der Praxis gilt, (§. 12.) ſo muß man ſich darnach richten. (* ⁶).

Ich habe geſagt, im Teſtament unter Kindern werde beſtimmt, welches von den Kindern erben ſolle. Alſo iſt es auch erlaubt in dieſem Teſtament Kinder zu enterben; (* ₇) wiewohl viele dies leugnen. (* ⁸). Ich habe ferner geſagt, das mündliche Teſtament der Eltern unter Kindern erfordere nur zwey Zeugen. Aber auch dieſes iſt noch nicht ausgemacht. Dann verſchiedene Juriſten leugnen, daß die Eltern unter Kindern ein privilegirtes mündliches Teſtament machen können. (* ⁹). Indeſſen iſt die bejahende Meynung in der Praxis angenommen. (* ¹⁰).

Anmerkung. Können die Eltern, welche unter Kindern teſtiren, eine fremde Perſon einmiſchen; das heiſt eine Perſon zum Erben ernennen, oder mit einem Vermächtniß bedenken, die nicht in der Zahl der Kinder iſt? Z. E. wann der Vater ein Teſtament unter den Kindern macht, kann er ſeine Ehefrau mit einſetzen, oder ihr etwas vermachen? Daß keine fremde Perſon zum Erben eingeſetzt werden könne, iſt gewiß. L. fin. Cod. famil. herciſc. L. 21. §. 1. Cod. de teſtam. Aber kann ſie ein Vermächtniß bekommen? Hier hat man drey verſchiedene Meynungen. Die erſte iſt: es könne geſchehen, und es würden keine Zeugen dazu erfordert. (*11). Die zweyte, den Geſetzen, wie ich glaube, gemäßeſte iſt: wann eine fremde Perſon in einem ſolchen Teſtament bedacht werden ſoll: ſo müſſen die gewöhnlichen Solennitäten beobachtet werden; alſo müſſen 5. Zeugen zugezogen werden. (*12). Die dritte Meynung geht dahin, daß zwey Zeugen hinlänglich ſeyen, und dieſe iſt in der Praxis angenommen. (*13).

(1) *Enenckel* de privileg. parent. et liberor. privil. 15. cap. 1. n. 6.

(2) Doch ſehe man *Spitz* diſſ. quaeſt. forenſ. divex. Quaeſt. 1. (Erf. 1769.)

(3) *Engau* part. 2. Deciſ. 91. n. 2. Dec. 155. n. 1. *Reinhart* ad *Chriſtin.* Vol. 4. obſ. 17. n. 10. pag. 12. *Grupen* diſcept. for. cap. 3. §. 5. p. 293. Anderer Meynung iſt *Pufendorf* Tom. 3. obſ. 5. §. 1. Aber müſſen die Eltern die Namen der Kinder nothwendig mit eigner Hand ſchreiben? Nach der angeführten Novelle allerdings. Indeſſen verſteht man dieß mit Recht von dem Falle, wenn ſie das ganze Teſtament mit eigner Hand ſchrieben. *Koenig* diſſ. de parentibus inter lib. diſponent. cap. 3. §. 11. *Wahl* diſſ. de iuſta lib. hered. inſtit. forma, pag. 17. (n.)

(4) *Pufendorf* am a. O. Struben rechtl. Bed. 4. Theil. 27. Seite. Wann indeſſen die Ziffern ganz deutlich ſind, daß keine Ungewißheit ſtatt findet, ſo kann man das Teſtament nicht für ungültig halten. *Enenckel* l. c. cap. 2. n. 10.

(5) *Pufendorf* Tom. 3. obſ. 5. §. 1.

(6) *Boehmer* diſſ. de ſcriptur. non legibil. cap. 3. §. 6. in Exerc. ad Pand. Tom. 4. p. 390. *Leyſer* Sp. 367. med. 3. *Wahl* l. c. pag. 18. doch ſ. man *Koenig* l. c. §. 7.

(7) *Cocceji* iur. controv. tit. [illegible] teſt. mil. Quaeſt. 10. *Stryk* caut. teſtam. cap. 10. §. 18. *Lauterbach* coll. th. pr. h. t. §. 31. *Weidling* diſſ. de teſtam. quae parentes ex privilegio Nov. 107. inter lib. ſuos condere poſſunt, §. 23. *Reinhart* diſſ. de exheredat. bona mente, pag. 6.

(8) *Faber* error. pragmat. Dec. 36. Error. 5. *Struv.* Ex 32. th. 19. *Walch* controverſ. pag. 229. *Wieſand* obſ. iur. rom. et Saxon. ſpec. 11. n. 2. *Wahl* l. c. pag. 47.

(9) *Faber* l. c. dec. 35. Err. 4. God. Lud. *Mencken* diſſ. de teſtamento par. inter lib. iure civili ſine ſcriptura invalido, in opuſc. num 19. und *Walch* controverſ. pag. 227.

(10) *Vinn.* ſel. Quaeſt. lib. 2. cap. 18. *Graſſi* collat. iur. rom. cum receſſ. imper. p. 159. *Struv.* Ex. 32. th. 18. ibique *Muller* not. θ. *Leyſer.* ſpec. 377. Med. 10. cor. 2. *Slevogt* diſſ. de teſtam. parent. inter lib. pag. 56. ſqq. *Io. Tob. Carrach* diſſ. de diſpoſit. par. inter lib. nuncupativis.

(11) *Schiltter* Ex. 38. th. 125. Hertel polit. Thee- und Caffee-Taſſe 103. Sout. 263. Seite.

(12) *Stryk* de caut. teſt. cap. 10. §. 22. *Pufendorf* Tom. 2. obſ. 31. §. 4. pag. 124. *Io. Flor. Rivinus* in diſſ. de teſt. par. inter lib. §. 17. G. L. *Boehmer* diſſ. de liberis fideicommiſſo oneratis §. 7. *Walch* controverſ. pag. 229. *Berger* part. 1. Reſp. 256.

(13) *Cocceji* iur. contr. h. t. Q. 9. *Ludolf* ſymphor. Tom. 2. conſult. 6. pag. 258. *Leyſer* ſpec. 367. med. 6. Cramer Nebenſt. 44. Theil. 3. Seite. *Harprecht* diſſ. de admixtione perſonae extraneae in diſpoſit. par. int. lib. n. 239. Deciſ. Caſſellan. Tom. 1. Dec. 21.

§. 461. Teſtament das zur Peſtzeit gemacht wird.

Das dritte privilegirte Teſtament iſt das zu Peſtzeiten errichtete. Das Geſetz, worin dieſes Teſtament ſeinen Grund haben ſoll, iſt L. 8. C. de teſtam. Man erklärt es gemeiniglich auf folgende Art: Wann eine Peſt oder andere anſteckende Krankheit graſſirt, ſo ſey der Umgang unter den Menſchen geſtöhrt, und es halte ſchwer, ſieben Zeugen auf einmal zu bekommen; denn man glaubt, wer ein Teſtament machen wolle, ſey von der graſſirenden Krankheit befallen, und man fürchtet ſich, von ihm angeſteckt zu werden. Das Geſetz erlaube daher, daß man die Teſtamentszeugen nach und nach, ſo wie man ſie haben kann, herbey hole, und ihnen ſeinen letzten Willen mündlich eröffne, oder zur Unterſchrift vorlege. Nun redet zwar das Geſetz gar nicht von der Peſt, und verordnet auch das nicht, was jene Erklärung hineinlegt. Es enthält vielmehr folgenden Fall. Ich laſſe ſieben Zeugen zuſammen kommen, um ein Teſtament zu machen. Während des actus teſtandi wird ein Zeuge plötzlich krank, die übrigen aus Furcht angeſteckt zu werden, zerſtreuen ſich, und der actus wird alſo unterbrochen. Die Frage iſt, ob dieſe Unterbrechung das Teſtament ungültig mache. Die Geſetzgeber ſagen nein. (*[1]) Indeſſen iſt jene irrige Interpretation in der Praxis angenommen; ja einige Juriſten gehen noch weiter, und behaupten, daß nicht nur die unitas actus bey dergleichen Teſtament nachgelaſſen, ſondern auch zwey Zeugen dabey hinreichend ſeyn. (*[2]). Streitig iſt es, ob es zur Ausübung dieſes Privilegii genug ſey, daß die Krankheit in dem Orte graſſire, oder ob erfordert werde, daß ſie in dem Hauſe des Teſtators herrſche. Billig diſtinguirt man, wann die Krankheit ſo arg iſt, daß aller Umgang unter den Menſchen völlig aufgehoben iſt: ſo iſt es genug, daß ſie in dem Orte graſſiret; iſt ſie aber ſo anſteckend und

bösartig nicht, ſo muß ſie im Hauſe des Teſtators ſeyn, wann er ſich des Privilegiums bedienen will. (* 3) Eben ſo wenig iſt ausgemacht, ob ein zur Peſtzeit gemachtes Teſtament ſeine Gültigkeit verliehre, wenn die Peſt wieder aufhört, und der Teſtirer nicht daran ſtirbt. (* 4) Einige glauben, es gelte nur Ein Jahr lang; die meiſte Rechtsgelehrten behaupten aber doch, und wie ich glaube mit Grund, daß das Teſtament ſeine Gültigkeit auf immer behalte. Dann es iſt anfangs gültig geweſen, und kein Geſetz verordnet, daß es dieſe Gültigkeit verliehren ſolle. Das vom Soldatenteſtament hergenommene Argument der Gegner (§. 457.) iſt in allem Betracht lahm.

(1) Dieß hat *Bachov* ad *Treutler*. Vol. 2. Diſp. 7 th. 6. lit. I. p. 281. beſonders aber *Iac. Gotteofredus* diſſ. de teſtam. temp. peſtis condito, in oper. (Lugd. Bat. 1733. fol.) pag. 627. ſqq. gezeigt.

(2) *Leyſer* ſpec. 368. med. 1.

(3) *Leyſer* l. c. in coroll.

(4) Man ſ. Hertel politiſche Thee- und Caffee-Taſſe 110. Gout. 275. Seite.

§. 462. Von dem auf dem platten Lande errichteten Teſtament.

Ein viertes privilegirtes Teſtament iſt das auf dem Lande gemachte. Auſſer den Städten, in kleinen Dörfern, auf einſam liegenden Höfen, Mühlen u. d. g. kann man oft keine ſieben Zeugen bekommen, welche ſchreiben können. Wer daher auf dem Lande teſtirt, hat folgende Privilegien. 1) Er braucht nur fünf Zeugen zuzuziehen; 2) ein Zeuge kann für den andern unterſchreiben, und wann auch nur ein einziger ſchreiben kann: ſo darf er die Namen der übrigen vier unterſchreiben; 3) iſt auch nicht Einer des Schreibens kundig: ſo iſt gar keine Unterſchrift der Zeugen nöthig. Doch muß in dieſem Fall der Teſtator den Zeugen den Inhalt ſeines Teſtaments bekannt machen. Uebrigens ſetzt dieſes Privilegium einen Mangel an tüchtigen Zeugen voraus. Kann man alſo zur Zeit, da das Teſtament gemacht wird, a) ſieben Zeugen haben, und der Teſtator hat nur ſechs oder fünf genommen; oder hat er b) Zeugen genommen, die des Schreibens unerfahren ſind, und es wäre möglich geweſen, ſolche zu haben, die ſchreiben können: ſo iſt das Teſtament ungültig. Noch zwey Fragen ſind zu beantworten: 1) iſt dieſes Privilegium auf Bauersleute eingeſchränkt, oder kann ſich jeder, der auf dem Lande teſtirt, z. E. ein Adelicher, Geiſtlicher, der auf dem Lande wohnet, ein Reiſender, der auf dem Lande krank wird u. ſ. w. deſſen bedienen? Ich glaube das letztere. Dann der Grund des Privilegiums tritt bey dieſen Perſonen ſo gut als bey den Bauersleuten ein. (* 1) Indeſſen ſind viele Juriſten anderer Meynung. (* 2)

2) Wann

2) Wann ein Teſtament auf dem Lande gemacht worden iſt; jemand auftritt, der es beſtreitet, und behauptet, man könne mehr als fünf Zeugen, oder man habe fünf Schreibkundige bekommen können: wer muß den Beweiß führen; muß der Kläger ſein Vorgeben beweiſen, oder der eingeſetzte Erbe das Gegentheil darthun? Die meiſten Juriſten behaupten, der Kläger müſſe beweiſen, weil man auf dem Lande ſelten ſieben Perſonen, oder auch nur fünf ſchreibkundige Zeugen zuſammen bekommen könne, folglich die Präſumtion gegen den Kläger ſtreite. (* 3)

(1) *Walch* controverſ. pag. 231.

(2) *Philippi* diſſ. de teſtament. hominum ruralium, cap. 2. §. 5. *Ludwell* de ult. vol. P. 2. C. 1. p. 212. *Stryk* caut. teſt. cap. 13. §. 5.

(3) *Philippi* loc. cit. cap. 4. §. 4. *Stryk* l. c. §. 9. *Brunnemann* ad L. fin. Cod. de teſtam. Anderer Meynung iſt *Hommel* in rhapſodia. obſ. 452. pag. 470.

§. 463. Teſtament, worin die Inteſtaterben oder eine milde Stiftung eingeſetzt ſind.

Das fünfte hieher gehörige Teſtament iſt das, **worin die Inteſtaterben, die vorhin ausgeſchloſſen waren, eingeſetzt ſind.** Wann nämlich jemand ſeine Inteſtaterben in einem Teſtamente ausſchließt, darauf aber ein zweytes Teſtament macht, und darinn dieſe Erben (* 1) einſetzt: ſo gilt das letzte Teſtament, obgleich nicht die gehörige Feyerlichkeiten dabey beobachtet; das heiſt es gilt, **wann nur fünf Zeugen dabey zugezogen worden ſind.** Der Grund iſt die Gunſt der Geſetzgeber gegen die Inteſtaterben. Endlich das letzte privilegirte Teſtament iſt das, worin eine **milde Stiftung** (pia cauſa) eingeſetzt iſt. Wann nemlich Menſchenliebe und Frömmigkeit den Teſtirer zu ſeinem letzten Willen bewogen zu haben ſcheint: ſo heiſt es ein Teſtament **zu milden Stiftungen,** (ad pias cauſas.) Dahin gehört ein Teſtament, worinn die Armen, eine Kirche, Kloſter, Hoſpital, Waiſenhaus, Schule eingeſetzt iſt, wann der Teſtator ſein Vermögen zur Ausſtattung armer Mädchen, zu Stipendien für arme Studirende beſtimmt, u. d. g. Dieſes Teſtament gilt ohne alle Solennitäten. Viele Juriſten behaupten zwar, daß es zwey Zeugen zur Gültigkeit erfordere. (* 2) Aber ich halte das Gegentheil für richtiger. (* 3) Der Pabſt erfordert im angeführten Texte die Zeugen blos um des Beweiſes willen. Indeſſen läßt ſich auch freylich vieles darwider ſagen. (* 4)

(1) Ob ſie alle eingeſetzt werden müſſen, oder ob es genug iſt, wenn einige eingeſetzt werden, iſt zweifelhaft. Man ſehe *Fachineum* in controverſ. Lib. 4. cap. 6.

(2) *Merenda* controv. Lib. 4. cap. 16. *Fachineus* Lib. 4. Cap. 3. *Zoeſius* ad decret. tit. de teſtament. n. 22. *Schilter* ex 38. th. 14. *Rittershuſ.* in diſſ. iur. rom. et can. Lib. 4. cap. 2. *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de teſtam. mil. §. 50. *Harpprecht* diſſ. de admixt. perſ. extran. in diſpoſ. par. int. lib. th. 30, ſeqq. *Puſendorf* Tom. 2. obſ. 172.

(3) *Stryk* de caut. teſtam. cap 12. §. 4. *Struv.* ex. 32. th. 23. *Lynker* centur. 3. Deciſ. 226. *Hertel* Thee- und Caffeetaſſe. 112. Gout. 281. Seite. *Boehmer* I. E. P. Lib. 3. tit. 26. §. 21. *Heimburg* Diſſ. de his, quae in ultima voluntate per ſcripturam privatam declarata piis cauſis relinquuntur.

(4) Ob auch einem andern in dieſem Teſtament ein Vermächtniß hinterlaſſen werden könne, unterſucht *Wolfg. Adam Schoepf* diſſ. de admixtione profanae cauſae in diſpoſit ſuprema ad pias cauſas, Tübing. 1743. Nach den Geſetzen läßt ſich dieß nicht behaupten, aber nach der Praxis ſoll es angehen.

TIT. XII.

Quibus non eſt permiſſum facere teſtamentum.

§. 464. Wer kann nicht teſtiren?

Ein jeder kann ein Teſtament machen, oder hat, wie die Juriſten reden, *teſtamenti factionem*, (ſc. activam,) dem es die Geſetze nicht verbieten. Verboten aber iſt es 1) einigen um ihres bürgerlichen Zuſtandes willen; 2) andern wegen Mangel der Vernunft; 3) andern wegen eines Leibesgebrechens, und 4) noch andern darum, weil ſie ein Verbrechen begangen haben. Merkwürdig iſt, daß einer, welcher den bürgerlichen Zuſtand hat, der zur Teſtamentifaction erfordert wird, aber daran zweifelt, ob er ihn habe, z. E. ein Bürger, welcher zweifelt, ob er das Bürgerrecht habe, nicht teſtiren kann. Eine Ausnahme kommt bey den Soldaten vor, wie wir oben gehört haben. (§. 456.)

§. 465. Sklaven und Fremde können kein Teſtament machen.

Aus Mangel des bürgerlichen Zuſtandes kann nicht teſtiren, wer entweder nicht frey, oder kein römiſcher Bürger iſt. Daher können kein Teſtament machen; 1) die Sklaven, und 2) die Bürger, welche in der Gefangenſchaft ſind; denn ſie ſind Sklaven; eben ſo wenig 3) die Fremden und ein ins Exilium geſchickter Bürger. Hiebey iſt mancherley anzumerken. 1) Wann ein Bürger in der Gefangenſchaft teſtiret, und nachher wieder frey wird: ſo

ſo gilt das Teſtament nicht. Dann man hat eine Regel im römiſchen Recht, welche regula Catoniana heiſt; ſie ſagt: teſtamentum, quod ab initio non valet, poſtea non poteſt convaleſcere. 2) Macht ein Bürger ein Teſtament, und kommt nachher in die Gefangenſchaft, ſtirbt auch darin: ſo gilt das Teſtament wegen der Fiction des Corneliſchen Geſetzes. Dieſes Geſetz nämlich fingirte, der Bürger ſey in dem Augenblicke geſtorben, da er gefangen wurde. 3) Wann ein Bürger teſtiret hat, darauf gefangen, endlich wieder auf rechtmäſſige Art frey geworden iſt: ſo gilt ſein Teſtament *iure poſtliminii.* Dann er bekommt in dieſem Falle ſeine durch die Gefangenſchaft verlohrne Rechte wieder, ſein Teſtament erhält daher auch wieder ſeine Gültigkeit. (§. 303.) 4) Unſere wahre Sklaven können ſo wenig als die Römiſchen teſtiren, wohl aber die Leibeignen, (§. 70.) wann nicht Landesgeſetze oder Gewohnheiten ihnen dieſes Recht verſagen. (*1) 5) Ein Fremder konnte bey den Römern teſtiren, wenn nach den Geſetzen ſeines Vaterlandes die Teſtamente gültig waren, nur hatte das Teſtament die Rechte und Wirkungen eines Römiſchen nicht. 6) Heutigestages können die Fremde teſtiren. Auth. omnes peregrini Cod. commun. ſucceſſ. wann ihnen nicht das ius Albinagii im Wege ſtehet. (§. 91.) Auch einer, der des Landes verwieſen iſt, kann teſtiren. (*2) Hingegen wer in der Reichsacht iſt, kann es nicht. (§. 91. 92.)

(1) *Stryk* caut. teſtam. cap. 3. §. 46.
(2) *Schilter* ex. 38. th. 24. Doch ſehe man *Stryk* l. c. cap. 3. §. 51.

§. 466. Auch filii familias nicht.

Wer ein Teſtament machen will, muß pater oder mater familias ſeyn. (*1). Dann die Geſetze der 12. Tafeln ſagen: *Pater familias* uti legaſſit u. ſ. w. (§. 438.) Daher kann ein filius familias weder ein Teſtament noch ein Codicill (§. 622.) machen; ſelbſt alsdann nicht, wann es ihm der Vater erlauben wollte. Dann wie kann der Vater dem Sohn etwas verſtatten, was ihm die Geſetze verbieten? (*2) Doch bemerke man 1) wann der Sohn ein peculium caſtrenſe oder quaſi caſtrenſe hat: ſo kann er darüber teſtiren. Denn in Anſehung dieſes peculii wird der Sohn als ein pater familias angeſehn. Einige dehnen dies auch auf das peculium adventitium extraordinarium aus, (*3) aber ohne Grund. (*4) 2) Wie aber, wann ein pater familias teſtirt, und alsdann ſich arrogiren läßt? In dieſem Falle verliehrt das Teſtament ſeine Gültigkeit, (irritum fit.) Unſer Autor ſetzt hinzu: niſi miles ſit. Beſſer hätte er geſagt: niſi *bona caſtrenſia aut quaſi caſtrenſia habeat, et de his teſtatus ſit.* Wann nemlich ein pater familias, welcher dergleichen Güter beſitzt, ein Teſtament macht, und ſich nachher arrogiren läßt: ſo verliehrt das

Teſtament ſeine Gültigkeit in Anſehung dieſer Güter nicht, ſondern nur in Abſicht auf das übrige Vermögen. 3) Wann ein filius familias, (der kein peculium caſtrenſe oder quaſi caſtrenſe hat,) teſtiret: ſo iſt ſein Teſtament ungültig, und bleibt ungültig, geſetzt auch, daß er nachher ſein eigner Herr (ſui iuris) wird. Dann die Catoniſche Regel ſagt: ein Teſtament, das im Anfang nicht gilt, kann in der Folge nicht gültig werden.

(1) Nach dem alten römiſchen Recht ſtanden die Weiber unter einer beſtändigen Tutel, und konnten nicht anders als mit Einwilligung des Vormundes teſtiren. *Chriſt. Wilh. Kuſtner* progr. de teſtam. feminae capite non minutae Lipſ. 1768.

(2) Dieß halte ich für die Urſache, warum ein filius familias nicht teſtiren konnte. Eine andere giebt *P. Faber* ſemeſtr. lib. 2. cap. 23. an. Daß das römiſche Recht in dieſem Stücke auch bey uns gelte, behaupten mit Grund *Reinhart* ad *Chriſtin.* vol. 4. obſ. 11. *Walch* controverſ. p. 152. Doch halten viele ein teſtamentum filii familias ad pias cauſas für gültig. *Reinhart* l. c. Obſ. 10.

(3) *Locamer* quaeſt. Iuſtin. 220. Auch eine Particularemancipation, die zu dem Ende geſchieht, daß der Sohn teſtiren ſoll, hilft nichts. Gmelin und Elſäſſer gemeinnützige juriſt. Beobachtung. 2 Band. S. 228. u. ſ. f.

(4) *Vinn.* ad §. 1. I. h. t. *Stryk* caut. teſtam. cap. 3. §. 35. *Cocceji* iur. controv. tit. qui teſt fac. poſſ. Quaeſt. 5. *Schumacher* diſſ. de excluſione filiorum familias a teſtamenti factione quoad bona adventitia extraordinaria, (Goett. 1781.) cap. 2. §. 2. ſqq.

§. 467. Wer den Gebrauch ſeines Verſtandes nicht hat; Verſchwender, Unmündige.

Das Teſtament iſt eine Willenserklärung. Daher kann niemand teſtiren, als wer den Gebrauch ſeiner Vernunft hat. Folglich 1) kein Blödſinniger und Raſender; wann er nicht dilucida intervalla, das heiſt Zeiten hat, wo er ſeiner Vernunft vollkommen mächtig iſt. Daß jemand den geſunden Menſchenverſtand in gewöhnlichem Grade habe, iſt nicht nöthig. Daher kann ein ſtupider Menſch teſtiren. (* 1) Auch den Verſchwendern iſt die Errichtung eines Teſtaments verboten; wann ſie nämlich von der Obrigkeit für ſolche erklärt ſind. Der Grund dieſes Verbotes iſt nicht ausgemacht. (* 2) Unſer Autor nimmt die gemeine Meynung an, ein Verſchwender ſey civiliter furioſus; ſey einem Blödſinnigen gleich zu achten, weil er eine unſinnige Wirthſchaft führt. In der angeführten Leoniſchen 39 Novelle wird zwar das Teſtament eines Verſchwenders alsdann für gültig erklärt, wann es vernünftig iſt, und keine Spuren von verſchwenderiſchen Geſinnungen enthält. Aber die Leoniſchen Novellen ſind in Deutſchland nicht angenommen, inſonderheit die

39ſte

39ſte nicht. Dieß iſt wenigſtens die richtigere Meynung; (*[3]) wiewohl viele Juriſten das Gegentheil behaupten, und das Teſtament eines Verſchwenders, wenn es vernünftig iſt, für gültig halten. (*[4]) 3) Die **Unmündigen** können nicht teſtiren. **Majorenn** braucht der Teſtator eben nicht zu ſeyn; auch ein **Minderjähriger** kann, und zwar ohne Conſens ſeines Vormundes teſtiren; aber **mündig** muß er ſeyn. Wann jemand ein Teſtament gemacht hat, und darauf erſt ſeinen Verſtand verliehrt, oder für einen Verſchwender erklärt wird: ſo wird das Teſtament dadurch nicht ungültig.

(1) *Stryk* caut. teſt. cap. 3. §. 25. *Wernher* part. 1. obſ. 174. p. 160.

(2) *Em. Soarez a Ribeira* obſ. iur. Lib. 1. cap. 12. Theſaur. Meerm. Tom. 5. pag. 572. *Gildemeiſter* progr. obſ. var. argument. (Brem. 1778.) obſ. 4.

(3) *Brunnemann* ad L. 18. D. qui teſtam. fac. poſſ. *Stryk* V. M. eod. tit. §. 12. et in caut. teſtam. cap. 3. §. 27. *Eiſenhard* diſſ. de iure teſtandi prodigo non competente. Helmſt. 1749. *Madihn* Epiſt. de iure teſt. prodigis fruſtra vindicato. Halae 1771. *Walch* progr. de teſtam. prodigi iure germ. invalido. Ienae 1754. *Zepernik* ad *Beck.* de Nov. Leon. pag. 133.

(4) *Faber* ad Cod. Lib. 5. tit. 38. Def. un. n. 4. *Sande* Deciſ. Friſ. Lib. 4. Tit. 1. Def. 3. *Carpzov.* Part. 3. Conſt. 17. Def, 2. *Hannaccius* in Diſſ. ius teſtandi prodigo contra communem ſententiam aſſertum. Viteb. 1724. *Beck* de Novell. Leon. pag. 133. edit. noviſſ.

§. 468. Von Teſtamenten der Taubſtummen.

Kann ein Tauber und Stummer teſtiren? Man diſtinguire, entweder iſt jemand taub und ſtumm zugleich, oder nur eins von beyden. Im erſten Fall iſt er entweder ſo geboren, oder es geworden. a) Kann alſo ein Taub und Stummgebohrner teſtiren? Nach der L. 10. C. qui teſtam. fac. poſſ. geht es nicht an, weil dergleichen Leute, wie Juſtinian ſagt, kein evidentem mentis declarationem geben können. Aber ſeitdem **Heinecke** und **Arnoldi** ihre Schulen errichtet haben, giebt es Taubgebohrne, welche reden und ſchreiben können, und von einem Teſtament hinlängliche Begriffe haben. Kann aber ein Taubſtummer auch **durch Zeichen** teſtiren? Wann er vom Landesherrn Diſpenſation erhält: ſo geht es an, außerdem nicht. (*[1]) **Pufendorf** hat hievon einen äuſſerſt merkwürdigen Fall. (*[2]) b) Iſt einer taub und ſtumm geworden, und kann ſeine Gedanken ſchriftlich zu erkennen geben: ſo kann er ohne Zweifel teſtiren. c) Daß jemand, der taub allein, oder ſtumm allein iſt, ein Teſtament machen könne, iſt außer Zweifel.

(1) Notariatsordnung vom Jahr 1512. Artikel von Teſtamenten. §. 4 *Stryk* caut. teſt. Cap. 4. §. 28.

(2) Tom. 3. obſ. 178.

§. 469. Vom Teſtament eines Blinden.

Ein **Blinder** konnte nach dem alten römiſchen Recht ein **mündliches** Teſtement machen, ſo wie es ein Sehender macht. (* 1) Nach der L. 8. C. alleg. hingegen, und der Notariatsordnung Art. von Teſtamenten §. 9. muß er folgendes beobachten: 1) er muß einen Notarius oder wann dieſer nicht zu haben wäre, einen achten Zeugen zuziehen: 2) den Erben genau beſchreiben, ſeinen Namen, Stand, Amt, Profeſſion; weil er ſich leichter in der Perſon irren kann, als ein Sehender. 3) Wann er das Teſtament mündlich gemacht hat, ſo muß es ſchriftlich aufgeſetzt, (* 2) von den Zeugen und dem Notarius unterſchrieben und beſiegelt werden. Wann der Teſtirer hingegen vorher einen ſchriftlichen Aufſatz hat machen laſſen: ſo muß ihm dieſer 4) in Gegenwart der Zeugen vorgeleſen werden. Darauf muß er 5) erklären, daß dieß ſein letzter Wille ſey, und nun müſſen 6) Zeugen und Notarius ihn unterſchreiben und unterſiegeln. Das Teſtament eines Blinden iſt alſo aus einem mündlichen und ſchriftlichen zuſammengeſetzt. Alles übrigens, was hier von dem Teſtament blinder Menſchen geſagt iſt, gilt auch von den Teſtamenten derer, die nicht leſen und ſchreiben können. (* 3)

(1) Paul. ſent. Lib. 3. Tit. 4.

(2) Dieß iſt die gemeine und richtige Meynung, ſ. *Koehnen* diſſ. de forma teſtamenti externa a coeco obſervanda (Goett. 1782.) cap. 2. ſect. 1. §. 5. pag. 41. Das Gegentheil behauptet *Nettelbladt* diſſ. de teſtam. nuncupativo in ſcriptur redacto, cap. 1. §. 11.

(3) *Nettelbladt* l. c. cap. 1. §. 12.

§. 470. Perſonen, die zur Strafe nicht teſtiren können.

Einigen Perſonen iſt die Verfertigung eines Teſtaments zur Strafe verboten. Dergleichen ſind 1) die, welche das Laſter des Hochverraths (crimen perduellionis) begehen; das heiſt einen feindſeligen Anſchlag auf die Perſon des Landesherrn machen. 2) Die vom chriſtlichen Glauben abfallen, Juden, Heyden, Mahomedaner werden, desgleichen die Manichäer; denn nur von dieſen, und nicht von allen Ketzern, redet die angeführte L. 4. §. 5. C. de haeret. Wann man es aber auch auf alle Ketzer ausdehnen wollte: ſo wird es doch in der Praxis nicht beobachtet. (* 1) 3) Wer eine blutſchänderiſche Ehe ſchließt. Dann die angeführte auth. ſetzt auf den Inceſt die Strafe der Güterconfiſcation, wann keine legitime Kinder aus einer vorhergehenden rechtmäſſigen Ehe vorhanden ſind. Alſo nur unter dieſen kann ein Ehegatte, der im Inceſt lebt, teſtiren. Daß übrigens dieſe Strafe nur alsdann ſtatt findet, wann jemand in einem nach römiſchen Recht verbotenen Grade heyrathet, verſteht ſich von ſelbſt.

ſelbſt. 4) Wer einem andern ein öffentliches Verbrechen in einer Schrift fälſchlich vorwirft, und deswegen zur Strafe verurtheilt wird, verliehrt das Recht zu teſtiren. 5) Ferner haben die wegen eines Verbrechens zum Tod verurtheilte das Recht zu teſtiren nicht. Dann das Vermögen ſolcher Leute wurde nach dem römiſchen Recht ohne Unterſchied confiſcirt, weil ſie vor der Hinrichtung ſervi poenae wurden, folglich nichts eignes haben konnten. (§. 68.) Nach der angeführten Novelle iſt dieſe Confiſcation aufgehoben, wann der Verbrecher a) Deſcendenten, oder b) wenn er Aſcendenten vom zweyten oder dritten Grade hat. Sind alſo dergleichen vorhanden: ſo haben ſie ein Recht auf die Erbſchaft, das ihnen der Erblaſſer nicht durch ein Teſtament nehmen kann, und ſind keine vorhanden: ſo gehört das Vermögen dem Fiſcus, und der zum Tod verurtheilte kann es ihm eben ſo wenig durch ein Teſtament entziehen. Indeſſen geht der Gerichtsbrauch in Deutſchland vom römiſchen Rechte ab, (*[2]) und erlaubt den zum Tod verurtheilten die Teſtamentifaction. Ob dieſe Gewohnheit aber ſo allgemein ſey, wie ſie Menke und andere ausgeben, daran zweifle ich; von dem Brandenburgiſchen und Braunſchweigiſchen wenigſtens bezeugt Stryk am a. O. das Gegentheil ausdrücklich.

Endlich können auch 7) nach dem canoniſchen Recht, cap. 2. de uſur. in 6. die, welche unerlaubten Wucher treiben, (manifeſti uſurarii) zur Strafe kein Teſtament machen. (*[3])

(1) *Stryk* Uſ. mod. tit. qui teſtam. fac. poſſ. §. 61.

(2) *Stryk* caut. teſtam. cap. 3. §. 53. *Lud. Mencken* Diſſ. de teſtamenti factione damnatis ad mortem iure civili denegata, et moribus pleriſque aſſerta; in collect. Diſput. num. 12. *Cocceji* iur. contr. tit. qui teſt. fac. poſſ. Quaeſt. 4. *Struv.* Ex. 32. th. 8. *Lauterb.* coll. th. pr. tit. qui teſt. fac. poſſ. §. 28. *Schilter* ex. 38. th. 28.

(3) *Wieſand* opuſc. p. 119.

TIT. XIII.

De liberis exheredandis.

§. 471. Uebergang zu dieſer Materie.

In den Teſtamenten ſind mancherley äuſſere willkührlich vorgeſchriebene Erforderniſſe, oder mit Einem Worte, Solennitäten nöthig, die wir bisher kennen gelernt haben. Das innere und weſentliche Erforderniß eines Teſta-

Teſtamentes iſt die Erbeseinſetzung, und von dieſer iſt in gegenwärtigem und folgendem Titel die Rede. Sie iſt entweder eine freywillige oder nothwendige. Gewiſſe Perſonen nämlich muß man nach der Vorſchrift der Geſetze einſetzen, andere kann man nach Gefallen einſetzen oder übergehen. In dieſem 13. Titel werden die Perſonen beſtimmt, welche man einſetzen muß.

§. 472. Altes römiſches Recht bey der Enterbung.

In den alten Zeiten Roms konnte ein Teſtator ſchlechterdings einſetzen, wen er wollte. Dann man hielt ſich ſtreng an die Worte der 12. Tafelgeſetze: pater familias uti legaſſit, ita ius eſto. Daher konnte ein Vater ſeine Kinder, ein Kind ſeine Eltern und die Geſchwiſter einander nach Gefallen enterben. (*1) Die Teſtatoren aber mißbrauchten zuweilen dieſes Recht; ſie enterbten ihre nächſte Verwandten aus ganz nichtigen Urſachen. Daher wurde durch die Praxis der Centumviralgerichte (§. 57.) nach und nach eingeführt, daß Kinder, Eltern und Geſchwiſter ein Teſtament anfechten könnten, worin ſie ohne hinlängliche Urſachen enterbt oder übergangen waren. Allein dieſe Praxis gieng ſo weit, daß man auch entferntern Verwandten eine ſolche Klage geſtattete. Daher wurde durch kayſerliche Verordnungen feſtgeſetzt, 1) daß nur Kinder, Eltern und Geſchwiſter dazu gelaſſen werden ſolten, (*2) 2) daß ſie wegfallen ſollte, wenn einer auch nicht auf ſein ganzes Erbtheil, aber doch auf einen gewiſſen Theil, welcher der **Pflichttheil**, *portio legitima*, heiſt, eingeſetzt wäre. (*3)

(1) Ob der Vater ſeine Kinder mit Stillſchweigen übergehen, praeterire, konnte, iſt zweifelhaft. *Galvanus* de uſufr. cap. 8. §. 13. ſqq. *Car. Chriſt. Hofacker* diſſ. ſiſtens hiſtoriam iuris civ. de exheredat et praeterit. § 4. *Car. God. Winkler* diſſ. de diff. inter teſtamentum nullum et inofficioſ. cap. 3. behaupten die verneinende Meynung mit guten Gründen.

(2) *Heineccii* diſſ. de levis notae macula §. 8. ſqq. in opuſc. pag. 274. ſqq.

(3) *Winkler* l. c.

§. 473. Neue Geſetze.

Nach dieſem neuen römiſchen Recht alſo müſſen alle Perſonen, denen der **Pflichttheil gebührt**, entweder in demſelben eingeſetzt, oder aus gerechten Urſachen davon ausgeſchloſſen werden. Es fragt ſich 1) was iſt der Pflichttheil, 2) wem gehört er, 3) wie viel beträgt er? Der Pflichttheil iſt ein Theil der Erbſchaft, welcher gewiſſen Perſonen nach der Vorſchrift der Geſetze nothwendig hinterlaſſen werden muß. (*1) Die Perſonen, welchen er gebührt, ſind a) die **Kinder**. Vom Vater können nur die ehlichen Kinder den Pflichttheil fordern, von der Mutter aber auch die unehlichen. b) Die Eltern,

Groß=

Groſzeltern, Urgroſzeltern u. ſ. w. c) meine Brüdern und Schweſtern, doch nur in dem Falle, wann ich eine ſchändliche Perſon einſetzen will.

Erſte Anmerkung. Allein es fragt ſich, können denn alle Geſchwiſter den Pflichttheil fordern, oder nur die germani und conſanguinei? Fratres germani nemlich ſind ſolche, die aus rechtmäſſiger Ehe von demſelben Vater und derſelben Mutter erzeugt ſind; conſanguinei, die von Einem Vater aber mit zwey Müttern aus verſchiedenen Ehen erzeugt ſind, uterini endlich, die Eine Mutter, aber verſchiedene Väter haben. Man begnüge ſich hier mit dieſen Erklärungen, in der Lehre von der Inteſtaterbſolge werden beſtimmtere gegeben werden. Ob die uterini den Pflichttheil fordern können, iſt ſehr zweifelhaft. Nach dem alten römiſchen Recht gehört er ihnen nicht; aber wie ſteht es nach dem neuen? Auch nach dieſem ſprechen viele den uterinis die legitimam ab. (* 2) Aber ich halte das Gegentheil mit Weſtenberg und andern (* 3) für richtiger. Dann die Urſache, warum L. 27. C. de inoff. teſt. die uterinos von der legitima ausſchließt, iſt offenbar keine andere, als weil ſie nach dem alten römiſchen Recht nicht ab inteſtato erbten. Nach dem Recht der Novellen aber kommen ſie zur Inteſtaterbfolge; alſo fällt die Raiſon der L. 27. Cod. weg, und folglich können die uterini den Pflichttheil fordern. Uebrigens weiß ich wohl, und gebe gern zu, daß man von dem Recht ab inteſtato zu erben, auf das Recht den Pflichttheil zu fordern, nicht ſchlieſſen kann.

Zweyte Anmerkung. Die Geſchwiſter können aber den Pflichttheil nicht fordern, als wann ich eine ſchändliche, das heiſt eine Perſon zum Erben ernenne, welche ehrlos, infamia iuris laborans iſt, oder levis notae maculam in der Bedeutung des römiſchen Rechts (§. 62.) hat. (* 4) (§. 62. Note.) Wann ich eine ehrbare Perſon einſetze: ſo bin ich meinen Geſchwiſtern nichts ſchuldig. Wieviel iſt der Pflichttheil? Nach dem alten römiſchen Recht war er ohne Unterſchied der vierte Theil deſſen, was einer *ab inteſtato* würde bekommen haben. Nach der Nov. 18. aber iſt der Pflichttheil zuweilen die Hälfte, zuweilen der dritte Theil. Nemlich wann vier oder weniger Perſonen vorhanden ſind, die den Pflichttheil fordern können: ſo iſt er der dritte Theil; ſind aber fünf oder mehr Perſonen dazu vorhanden: ſo iſt er die Hälfte. Z. E. wenn das Vermögen 12000 Rthlr. iſt, und vier Kinder vorhanden ſind: ſo trägt es Einem ab inteſtato 3000 Rthlr. davon iſt der Pflichttheil ein Drittel, alſo 1000 Rthlr. Wenn das Vermögen aus 20000 Rthlr. beſtünde, und fünf Kinder da wären: ſo erbt jedes ab inteſtato 4000. Der Pflichttheil iſt die Hälfte, alſo 2000 Rthlr. Eben ſo iſt es bey den Eltern und Geſchwiſtern. (* 5) Man nehme an, ei-

ner ſtirbt, und hinterläßt ſeine beyde Eltern am Leben, das Vermögen iſt 6000 Rthlr. Jedes der Eltern würde alſo ab inteſtato 3000 geerbt haben. Von dieſer Summe ein Drittel iſt der Pflichttheil. Dem Gedächtniß zur Hülfe hat man dieſe Sätze in folgende Verſe gebracht:

Quatuor aut infra natis dant iura trientem,
Sed dant ſemiſſem liberis, ſi quinque vel ultra.

Ueber das übrige Vermögen auſſer dem Pflichttheil, kann ich diſponiren wie ich will, und bin weder meinen Kindern, noch Eltern, noch Geſchwiſtern es zu hinterlaſſen ſchuldig.

Noch einige Regeln vom Pflichttheil ſtehen in der Anmerkung. Die erſte heiſt: liberis et parentibus legitima titulo inſtitutionis eſt relinquenda. Zum Verſtande dieſer Regel bemerke man. 1) Nach dem alten römiſchen Recht war es einerley, unter welchem Titel einer den Pflichttheil bekam. Ein Enterbter konnte ſich nicht beklagen, wann er den Pflichttheil auch nur titulo legati, fideicommiſſi, dotis, dodationis propter nuptias oder mortis cauſa erhielt. (* 6) 2) Allein Juſtinian verordnete in der 115. Nov. cap. 3. ſancimus, non licere penitus patri vel matri etc. ſuum filium vel filiam praeterire aut exheredare teſtamento; *nec ſi per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommiſſum, vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem*, niſi probabuntur ingrati. Und cap. 5. *ſi qui* (Eltern oder Kinder) *heredes fuerint nominati, etiamſi certis rebus iuſſi fuerint eſſe contenti, hoc caſu teſtamentum quidem nullatenus ſolvi praecipimus*; quidquid autem minus eis legitima portione relictum eſt, hoc ſecundum noſtras alias leges ab heredibus impleri. Alſo iſt 3) ſoviel gewiß, wann man den Kindern oder Eltern zwar den Pflichttheil hinterläßt, ohne ſie zu Erben einzuſetzen, ſondern vielmehr erklärt, daß ſie nicht Erben ſeyn ſollen, z. E. ich ſage: meine Tochter ſoll meine einzige und Univerſalerbin ſeyn, mein Sohn ſoll nichts als den Pflichttheil haben: ſo kann der Sohn das Teſtament impugniren. (* 7) Allein das iſt 4) zweifelhaft, ob auch der Pflichttheil ſelbſt titulo inſtitutionis müſſe hinterlaſſen werden; ob man in dem Pflichttheil die Kinder oder Eltern zu Erben einſetzen müſſe. Iſt alſo das Teſtament gültig, wann ich ſage: meine Kinder ſollen meine Erben ſeyn, doch ſoll mein älteſter Sohn ſich mit meinem Wohnhauſe, das ich ihm ſtatt des Pflichttheils vermache, begnügen? Toullieu behauptet mit andern, (*) die legitima ſelbſt müſſe titulo inſtitutionis hinterlaſſen werden. Aber Juſtinian hat dies nicht verordnet; er will nur, daß man die Kinder und Eltern zu Erben

ernen=

ernennen ſolle. Sind ſie dazu ernannt: ſo iſt es einerley, unter welchem Titel ſie den Pflichttheil bekommen. (*9) Da auch 5) die Erbeseinſetzung nicht gerade mit den Worten: **ich ſetze zum Erben ein** geſchehen muß: ſo iſt es genug, wann ich ſage: **ich vermache meinem Sohne, meinen Eltern den Pflichttheil, mein Sohn ſoll den Pflichttheil haben,** u. d. gl. (*10) Nur muß der Teſtirer nicht dabey erklärt haben, daß das Kind oder die Eltern **nicht Erben ſeyn ſollen.** (*11)

Die zweyte Regel iſt: wann ich einen, welchem der Pflichttheil gehört, zum Erben einſetze, ihm aber weniger hinterlaſſe, als der Pflichttheil beträgt: ſo kann er eine Klage anſtellen, welche *condictio ex L.* 30. *C. de inoff. teſt.* oder *actio expletoria* heiſt. Der Klager läßt das Teſtament gelten, er verlangt aber, daß ihm ſo viel zugelegt werde, als ihm an dem Pflichttheile fehlt.

(1) Von dem Urſprung des Pflichttheiles handelt ſehr ausführlich und gut *Zepernick* diſſ. (ſub praeſid. *Nettelbladt.*) hiſtoria iuris civ. de legitima portione parentum (Hal. 1773.) cap. 1. §. 1. ſqq.

(2) *G. L. Boehmer* diſſ. de querela inoff. donat. fratr. §. 3. in Elect. iur. civ. Tom. 1. p. 250. *Puttmann.* diſſ. de querela inofficioſi fratribus uterinis haud concedenda. Lipſ. 1769. *Herm. Lorenz* diſſ. utrum fratribus uterinis, turpi herede ſcripto, legitima relinquenda ſit, nec ne? (Goett. 1774.) §. 6. ſqq.

(3) *Weſtenberg* de legitima Diſſ. 2. Cap. 4. *Marckart.* interpret. receptar. iuris civ. lection. Lib. 1. Cap. 14. pag. 90. *Trummer* diſſ. de querela inoff. fratribus uterinis haud deneganda. Erlang. 1783.

(4) *Water.* obſ. iur. rom. Lib. 1. Cap. 12. glaubt zwar, daß hier ein Unterſchied zwiſchen fratribus germanis und conſanguineis ſey, indem die germani den Pflichttheil auch alsdann fordern könnten, wann eine ehrbare Perſon eingeſetzt ſey. Allein dieſe Meynung läßt ſich aus den Geſetzen nicht erweiſen; wenigſtens iſt ſie in der Praxis nicht angenommen.

(5) Dieß behaupten die meiſten Rechtsgelehrten, wiewohl die Nov. 18. ausdrücklich nur den Pflichttheil der Kinder und Enkel erhöhet. *Stryk* caut. teſtam. cap. 17. membr. 1. §. 23. 25. *Weſtenberg* de legit. diſſ. 3 cap. 3.

(6) §. ult. I. L. 8. §. 6. D. L. 29. C. de inoff. teſt. L. 17. C. de collat.

(7) *Vaudus* in var. quaeſt. lib. 1. cap. 5. p. m. 16. ſqq. behauptet zwar das Gegentheil: aber die Geſetze ſind klar. S. auch *Zepernick* l. c. cap. 2. §. 34. *Reinharth* ad *Chriſtin.* Vol. 1. obſ. 71. Strube rechtl. Bed. 3. Band. 18. Bed.

(8) *Toullieu* in collectan. diſſ. 9. pag. 283. ſqq. *Thomaſ.* ad *Strauch* diſſ. 9. §. 38. *Wahl* diſſ. de forma liberos hered. inſtit. pag. 61. ſqq.

(9) *Strauch* diſſ. ad ius Iuſtin. 9. § 38. *Weſtenberg.* diſſ. 4. de port. legit. cap. 1. §. 7. 8. *van de Poll* de exheredat. Cap. 25. §. 1. 2. *Puſendorf* Tom. 4. obſ. 44.

(10) *Leyſer* ſp. 356. M. 1. 2. *Pufendorf* l. c. obſ. 45.

(11) *Reinharth* ad *Chriſtin.* Vol. 4. obſ. 17. et in diſſ. de exhered. bona mente, p. 8. Noch muß ich einer ſonderbaren Meynung Ant. Fabers in error. pragmat. Dec. 14. En. 6. gedenken. Er behauptet, es ſey nicht genug, daß Kinder oder Eltern auf den Pflichttheil eingeſetzt würden; man müſſe ſie nothwendig auf eine partem quotam einſetzen, dann ſonſt wären ſie in re certa eingeſetzt, und folglich als Legatarii anzuſehen. Dieſe Behauptung gehört zu den vielen andern, von welchen Bachov ſagt: ſomnia ſua chartis illevit *Faber*.

§. 474. Was iſt die Enterbung?

Wem der Pflichttheil gehört, der muß entweder in demſelben eingeſetzt werden, oder man muß ihn aus gerechten Urſachen enterben. Was iſt alſo die Enterbung? Sie iſt eine ausdrückliche Ausſchlieſſung deſſen, dem der Pflichttheil gehört, von der ganzen Erbſchaft. Alſo 1) eine Ausſchlieſſung von der ganzen Erbſchaft. Wann ich einen auch nur in einer Kleinigkeit zum Erben einſetze: ſo iſt er nicht enterbt. Noch weniger iſt der enterbt, der den Pflichttheil bekommt. Im Gegentheil, wenn ich einen nur in Anſehung eines Theils der Erbſchaft enterbe, ſo iſt er nicht gehörig enterbt, ſondern präteriret. Paulus giebt in der L. 19. D. de lib. et poſt. folgendes Exempel. Ein Vater ſetzt ſeine Tochter ein, dem Sohn vermacht er eine gewiſſe Summe, und ſetzt hinzu: in cetera parte exheres eſto. Dieſe Enterbung iſt nicht auf die gehörige Weiſe geſchehen. (*1) 2) Sie iſt eine Ausſchlieſſung deſſen, dem der Pflichttheil gehört. Wenn ich einen von meiner Erbſchaft ausſchlieſſe, welcher den Pflichttheil nicht zu fordern hat, z. E. meinen Onkel, meinen Neffen, ſo heiſt es keine Enterbung. 3) Iſt ſie eine ausdrückliche Ausſchlieſſung. Ich erkläre, daß dieſe Perſon nicht mein Erbe ſeyn ſoll. Wann ich einen nicht zum Erben einſetze, aber auch nicht erkläre, daß er nicht erben ſoll, ſo habe ich ihn nicht enterbt, ſondern übergangen, (praeteritus eſt.) Alſo die praeteritio erfordert nicht gerade ein völliges Stillſchweigen. Man kann eines Menſchen im Teſtament gedenken, und er kann doch übergangen ſeyn; z. E. mein Sohn iſt übergangen, wann ich ſage, meine drey Töchter ſetze ich zum Erben ein, dann mein Sohn verdient nicht, daß er etwas von meinem Vermögen bekomme.

(1) *Manz.* tract. de teſtam. lib. 16. *Stryck* de cautel. teſt. cap. 19. §. 14. *Baſtineller* diſſ. de exheredatione quatenus iure civili rite facta dicitur. §. 8. p. 20.

§. 475. Drey Fragen bey der Enterbung.

In der Lehre von der Enterbung und Uebergehung iſt dreyerley zu bemerken: 1) was iſt die vorgeſchriebene Form der Enterbung, 2) was ſind die rechtmäßigen Urſachen derſelben, 3) worinn beſteht die Wirkung der Enterbung und der Präterition? Von der **Form** wird im nächſtfolgenden Abſchnitt, von den **Urſachen** im 477. und f. f. §§. und von den **Wirkungen** im Titel de inofficioſo teſtamento gehandelt.

§. 476. Form der Enterbung.

Was iſt alſo die Form der Exheredation? Schon in den alten römiſchen Geſetzen iſt bey der Enterbung vorgeſchrieben, daß ſie 1) unbedingt (pure) geſchehen ſoll. Wann ich nämlich einen unter einer Bedingung einſetze, und dieſe nicht erfüllt wird: ſo iſt er nicht enterbt, ſondern übergangen; denn Enterbung iſt eine **ausdrückliche Ausſchlieſſung**, und dieſe iſt hier nicht vorhanden. Z. E. alſo wann ich ſage, mein Sohn ſoll mein Erbe unter der Bedingung ſeyn, wenn er die N. nicht heyrathet, und der Sohn dieſe Perſon demungeachtet heyrathet: ſo iſt er nicht enterbt, ſondern präteriret, L. 18. pr. D. de B. P. contr. tab. L. 3. §. 1. D. de lib. et poſt. 2) Sie muß auf jeden **Miterben und auf jeden Subſtituirten** gehen; (fieri debet ab omnibus heredibus et ab omni gradu.) Das heißt wann ich mehrere Miterben in verſchiedenen Sätzen ernennte: ſo mußte ich die Enterbung ſo ausdrücken, daß ſie ſich nicht auf Einen, ſondern auf alle Miterben bezog. Z. E. wann ich ſagte, Titius, excluſo filio, heres eſto; Caius heres eſto, ſo war die Enterbung nicht gehörig geſchehen; ſondern ich hätte ſagen ſollen: Titius et Caius, excluſo filio heredes ſunto; oder: Filius exheres eſto, Titius et Caius heredes ſunto. Wann ich einen Erben dem andern ſubſtituirte, (das heiſt einen zweyten auf den Fall ernennte, wann der erſte nicht erben will oder nicht kann:) ſo mußte ebenfalls die Enterbung ſich auf alle Erben beziehen; z. E. man mußte nicht ſagen: Titius heres eſto, ſi heres non erit, Caius filio excluſo heres eſto; ſondern: filius exheres eſto, Titius heres eſto; ſi heres non erit, Caius heres eſto. Da dieſe ganze Vorſchrift ſich blos auf die Formularjurisprudenz der Römer beziehet: ſo hat ſie keinen practiſchen Nutzen. (* [1]) 3) Die Söhne mußten **namentlich**, die Töchter und Enkel konnten **überhaupt**, (inter ceteros,) enterbt werden; z. E. ich konnte ſagen, meine beyde Söhne ſollen meine Erben ſeyn, meine übrige Kinder und Enkel enterbe ich. 4) Nach dem Recht des Codex müſſen alle Kinder, Enkel, Urenkel u. ſ. w. weibliche ſowohl als männliche **namentlich** enterbt werden; das heiſt man muß ſie entweder mit Namen nennen, oder doch einzeln

 und

und genau bezeichnen; alia certa demonſtratione, quae vice nominis fungitur, wie Ulpian L. 34 D. de condit. et demonſtr. ſagt. Z. E. meine älteſte Tochter ſoll enterbt ſeyn. (*[2]) Wann dieſe Verordnungen befolgt waren: ſo ſagte man exheredatio *rite* facta eſt. Wo nicht: ſo war ſie nicht *rite* geſchehen, und wurde nicht als eine Enterbung, ſondern als eine Präterition angeſehen. 5) Endlich nach dem Recht der Novellen gehört es bey der Exheredation der Kinder und Eltern noch zur Form des Actus, daß ſie aus einer im Teſtament angeführten rechtmäſſigen Urſache geſchehe.

(1) *Bauer* diſſ. de eo, quod iuſtum eſt circa formam exheredationis §. 9.

(2) *Leyſer* ſp. 356. med. 6.

§. 477. Urſachen der Enterbung.

Was ſind alſo rechtmäſſige Urſachen der Enterbung? Nach dem alten Recht waren ſie nicht beſtimmt, ſondern wenn jemand enterbt war: ſo unterſuchten die Centumviri oder die Richter, welche über Erbſtreitigkeiten urtheilten, wie ſich der Enterbte aufgeführt, ob er alſo nach ihrem Ermeſſen und Gutdünken die Enterbung verdient habe. (* [1]) Juſtinian aber ſetzte in der 115. Novelle bey den Kindern und Eltern gewiſſe Urſachen der Enterbung feſt. Bey den Geſchwiſtern hingegen verordnete er nichts neues; bey ihnen hat alſo das alte Recht ſtatt. Viele Juriſten (*[2]) glauben zwar, daß in der 22. Novelle auch bey den Geſchwiſtern drey Enterbungsurſachen vorgeſchrieben ſeyn, aber ohne Grund. Dann dieſe Novelle ſetzt feſt, in welchen Fällen ein Bruder den andern nicht *ab inteſtato* erben ſoll; ſie redet nicht von der Enterbung, die ein Teſtament vorausſetzt. Und wann man ſagen wollte, von der Beraubung der Inteſtaterbfolge laſſe ſich ein Schluß auf die Enterbung machen; ſo iſt doch die 22. Novelle durch die 118. wieder aufgehoben worden; man kann alſo kein Argument daraus nehmen. (*[3])

(1) Die vorzüglichſte Schrift über die Centumviralgerichte iſt *Siccamae* de iudicio centumvirali lib. 2. Hr. Aſſeſſor Zepernick hat ſie im Jahr 1776. zu Halle in 8. mit ſehr ſchätzbaren Anmerkungen und Zuſätzen wieder auflegen laſſen.

(2) Z. E. *Bauer* Diſſ. cit. §. 18.

(3) *Cocceji* iur. controv. tit. de inofficioſo teſtamento. Qu. 9. *Hofacker* diſſ. cit. §. 31.

§. 478. Bey den Kindern.

Die Urſachen, aus denen die Kinder enterbt werden können, ſind folgende: 1) wann ſie gegen die Eltern harte Verbaliniurien ausſtoſſen. Welche

Injurien aber hart, und welche leicht ſind, muß der Richter nach den Umſtänden beurtheilen. 2) Wann ſie den Eltern Realinjurien zufügen, die Eltern ſchlagen, ſtoſſen u. ſ. w. Und dieß iſt auch dahin auszudehnen, daß der Vater ein Kind enterben kann, daß ſich an der Mutter vergriffen hat, und umgekehrt. (*1) 3) Wann die Kinder den Eltern nach dem Leben ſtehen, z. E. ſie vergiften wollen; oder 4) die Eltern wegen eines Vergehens bey dem Richter angeben, und die Eltern dadurch einen beträchtlichen Schaden an ihrem Vermögen leiden. 5) Wann der Sohn ſich zu maleficis, einer Geſellſchaft von Zauberern oder Giftmiſchern begiebt, und an ihrem Geſchäft Theil nimmt. (*2) 6) Wann die Kinder den Eltern verwehrt haben, ein Teſtament zu machen, oder das vorher verfertigte zu ändern, und die Eltern nachher doch noch Gelegenheit finden, zu teſtiren. Man denke ſich den Fall, der Vater will teſtiren; der Sohn aber fürchtet, ſein Erbtheil möge ihm im Teſtament beſchnitten werden; er läßt alſo niemand zu dem kranken Vater; weigert ſich Zeugen zu rufen; droht dem Vater, wenn er teſtiren würde, u. ſ. w. endlich aber findet der Vater doch Mittel, ein Teſtament zu Stande zu bringen. Jetzt iſt er befugt, den Sohn ſeiner Widerſpenſtigkeit wegen zu enterben. Sterben aber die Eltern, ohne daß ſie ein Teſtament machen können: ſo nimmt der Fiſcus dem pflichtvergeßnen Kinde die Erbſchaft weg. 7) Wenn Vater oder Mutter blödſinnig war, und die Kinder ſich ihrer gar nicht annahmen; nun aber die Eltern wieder zur Vernunft kommen. 8) Wenn ein Kind zu einer ketzeriſchen Religionsſecte übergeht, und zwar zu einer, welche die Sätze der vier erſten allgemeinen Kirchenverſammlungen (zu Nicäa, Epheſus, Conſtantinopel und Chalcedon) nicht annimmt; alſo zu einer Secte ſich begiebt, die weder catholiſch, noch lutheriſch, noch reformirt iſt. 10) Wann der Sohn den Vater oder die Mutter wegen eines peinlichen Verbrechens anklagt. Daß es capital ſey, iſt nicht erforderlich; auch entſchuldigt die Wahrheit des Factums den Sohn nicht. Dann es iſt gegen die Pflichten des Sohns, daß er die Eltern anklagt; auſſer in dem Fall, wenn der Vater das Verbrechen des Hochverraths gegen den Landesherrn begeht; dieſes muß der Sohn anzeigen, wenn er Wiſſenſchaft davon hat. Die Urſache iſt übrigens von der vierten unterſchieden. Dort war von einer Anzeige, hier iſt von einer Anklage, dort von Civil- hier von Criminalverbrechen die Rede. 11) Wann der Sohn die Stiefmutter oder Concubine des Vaters beſchläft. Gleichergeſtalt hat auch ohne Zweifel die Enterbung ſtatt, (wiewohl es das Geſetz nicht ausdrücklich ſagt,) wenn ſich die Tochter vom Stiefvater beſchlafen läßt. 12) Wann ſich ein Kind gegen den Willen der Eltern unter eine Bande Gaukler, Seiltänzer u. d. gl. begiebt. 13) Wann die Eltern

Schul-

Schulden oder eines Vergehens halber im Gefängniſſe ſitzen, und der Sohn ſie durch Bürgleiſtung los zu machen weigert. Es wird aber erfordert, daß die Eltern es verlangt haben, und auſſerdem auch noch, daß der Sohn das 18te Jahr zurückgelegt habe. Die 14te Urſache iſt: wenn eine Tochter ein unzüchtiges Leben führt, oder ſich gegen der Eltern Wille verheyrathet, doch mit folgenden Beſtimmungen: 1) die Tochter, welche gegen der Eltern Willen einen Sklaven oder heutiges Tags einen unehrlichen oder höchſt verächtlichen Mann heyrathet, kann enterbt werden. 2) Heyrathet ſie aber einen freyen Menſchen gegen der Eltern Willen, oder ergiebt ſich der Unzucht, ſo iſt ſie entweder minorenn oder majorenn. 3) Eine minorenne Tochter kann ohne Unterſchied enterbt werden; aber 4) eine majorenne nur alsdann, wenn ſie ohne Schuld der Eltern unverheyrathet geblieben iſt; das heiſt, wann entweder a) die Eltern ihr einen Mann geben wollten, ſie ihn aber nicht angenommen hat, oder b) die Eltern nicht im Stande waren, ihr einen Mann zu verſchaffen. Haben ihr hingegen die Eltern vorſätzlich oder aus Nachläſſigkeit keinen Mann gegeben: ſo kann ſie nicht enterbt werden. Dieß iſt nach meiner Meynung der wahre Sinn der Nov. 115. §. 10. (*[3]) Indeſſen giebt es viele Juriſten, welche dieſe Novelle anders erklären, und inſonderheit viele, welche behaupten, daß eine Tochter, die ſich gegen der Eltern Willen verheyrathet, nicht enterbt werden könne.

Die Anmerkung ſagt: alle dieſe Urſachen paſſen ſowohl auf Töchter als auf Söhne, die 10. 13. und 14te ausgenommen. Die zehende geht die Töchter nichts an; dann ſie können nicht anklagen; die 13te ebenfalls nicht, weil eine Weibsperſon ſich nicht verbürgen kann; die letzte aber läßt ſich auf Söhne nicht ausdehnen. Dann wie die Juriſten ſagen, genus femininum ſub ſe non complectitur maſculinum, et maior caſtitas requiritur a feminis quam a maſculis. Auch hängt der Sohn in der Wahl einer Gattin nicht ſo ſehr von den Eltern ab, als eine Tochter. (S. §, 112.)

(1) *Puſendorf* Tom. 3. Obſ. 6. 7.

(2) Dieſe Enterbungsurſache wird aber heutiges Tags ſelten vorkommen, da es bey nns keine ſolche Geſellſchaften giebt. Weber Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie, vom heutigen Gebrauche des römiſchen Rechts, S. 20.

(3) Philipp Jac. Heislers Erörterung der Frage: ſind Eltern ihre Kinder, welche ſich wider ihren Willen verheyrathen, zu enterben befugt. Halle, 1783. iſt das beſte, was über dieſe Materie geſchrieben iſt, wiewohl ich nicht ganz mit dem V. einig bin. *Frid. Aug. Guil.* de *Witzendorf* diſſ. de exheredatione liberorum ſine conſenſu parentum nuptias contrahentium Goett. 1757. iſt ſeicht. Beſſer iſt *Dit. Gotthard Eckard* diſſ. de exheredatione filiae turpiter viventis. Lipſ. 1746.

§. 479.

§. 479. Bey den Eltern.

Die Eltern können von den Kindeen aus acht Urſachen enterbt werden: 1) wenn ſie die Kinder wegen eines Verbrechens anklagen, auf das die Lebensſtrafe ſteht; 2) wann ſie den Kindern nach dem Leben ſtehen. 3) Wann der Vater die Schwiegertochter oder des Sohns Concubine beſchläft; oder wenn der Schwiegerſohn mit der Schwiegermutter einen Ehebruch begeht; wiewohl dieſer Fall im Geſetz nicht ausgedrückt iſt. 4) Wann die Eltern den Kindern ein Teſtament zu machen wehren; oder 5) ſie nicht aus der feindlichen Gefangenſchaft ranzioniren; 6) ſich der blödſinnigen Kinder gar nicht annehmen; 7) Ketzer werden. 8) Wann der Vater der Mutter Gift giebt, ſo daß dieſe das Leben oder den Verſtand verliert: ſo kann er von den Kindern enterbt werden. Ein gleiches hat ſtatt, wann die Mutter den Vater vergiftet hat; oder wann die Eltern ohne Gift auf andere Art einander nach dem Leben geſtanden haben.

§ 480. Leiden dieſe Urſachen eine Extenſion.

Hat aber die Enterbung der Kinder und Eltern aus keinen andern als den angeführten Urſachen ſtatt? Juſtinian ſagt in der Nov. 115. Cap. 3. ut praeter ipſas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis cauſas opponere, niſi quae in huius conſtitutionis ſerie continentur. Daher behaupten viele Juriſten, daß ſchlechterdings keine andere Urſachen der Enterbung zuläßig ſeyn. (* [1]) Allein in der Praxis iſt die vernunftmäſſigere Meynung angenommen, daß wegen Handlungen von ganz gleicher Art, oder wie Cocceji (* [2]) ſagt, ob cauſas, quae intellectu iuris eaedem ſunt, allerdings eine Enterbung geſchehen könne. Dahin gehört z. E. wann die Kinder gegen die Eltern in einer Criminalſache von freyen Stücken ein Zeugniß ablegen; wann ſich ein Sohn unter eine Räuberbande begiebt; wann ein Kind ſeine Eltern verwundet; wann ein dritter den Vater oder die Mutter mit Schlägen mißhandelte, der Sohn dabey ſtünde, den Eltern helfen könnte, und es doch unterlieſſe u. ſ. w. (* [3])

(1) Sie ſind in Hertels Thee- und Coffee-Taſſe S. 95. und 96. angeführt.

(2) Iur. controv. tit. de inoff. teſt. Qu. 13.

(3) *Stryk* de caut. teſt. cap. 19. §. 22. *Walch* controverſ. pag. 171. ibique cit.

TIT. XIV.

De heredibus inſtituendis.

§. 481. Zuſammenhang dieſes Titels mit dem vorigen.

Wir haben im vorigen Titel geſehen, welchen Perſonen der Pflichttheil gehört, welche alſo nothwendig zum Erben eingeſetzt werden müſſen, wenn nicht eine gerechte Urſache zur Enterbung oder Präterition vorhanden iſt. In dieſem Titel wollen wir den Begriff eines Erben näher entwickeln, unterſuchen, welche Perſonen zu Erben ernennt werden können, und auf wie vielerley Art die Erbeseinſetzung geſchehen kann.

§. 482. Erklärung des Erben.

Was iſt alſo ein Erbe? **Ein Nachfolger in alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Verſtorbenen, die nicht ganz perſönlich ſind.** Wann jemand ſtirbt, und ich alle ſeine nicht blos perſönliche Rechte und Verbindlichkeiten überkomme: ſo heiſſe ich ſein Erbe. Alſo a) ich bekomme alle ſeine Rechte, ſein ganzes Vermögen, entweder **wirklich** oder **in Hoffnung.** Wann ich der einzige Erbe bin, (heres ex aſſe:) ſo bekomme ich das ganze Vermögen wirklich; wann ich aber Miterben habe: ſo bekomme ich einen Theil des Vermögens, und die Hoffnung zu dem übrigen; auf den Fall nemlich, daß die Miterben ihre Portionen nicht annehmen können, oder nicht wollen; kurz ich bekomme ein **Erbtheil mit dem** *iure accreſcendi.* Wenn ich nur einzelne Sachen, nur eine Summe Geldes, nur einen Theil der Erbſchaft ohne das ius accreſcendi auf die ganze Verlaſſenſchaft erhalte: ſo bin ich kein Erbe; ſondern ein legatarius oder fidei commiſſarius ſingularis. b) Ich bekomme **alle ſeine Verbindlichkeiten,** muß alſo ſeine Handlungen als die meinige gelten laſſen, (facta defuncti praeſtare;) muß ſeine Schulden bezahlen. Aus dieſem Grunde, weil der Erbe alle Rechte des Verſtorbenen erhält: ſo wird er auch als Eine Perſon mit dem Verſtorbenen angeſehen, (heres et defunctus habentur pro una perſona.) c) **Nur ganz perſönliche Rechte und Verbindlichkeiten** gehen nicht auf den Erben über. Es giebt nemlich Rechte, die dergeſtalt auf die Perſon eines Menſchen eingeſchränkt ſind, daß ſie ſich ſchlechterdings davon nicht trennen, und auf einen andern transferiren laſſen. Sobald alſo der Menſch ſtirbt, exſpiriren ſie. Dergleichen ſind die perſönlichen Dienſtbarkeiten; (§. 369.) die Rechte, welche einer vermöge eines öffentlichen Amtes, z. E. als Regierungsrath, als Beamter hat; alle Rechte

die ein Paciſcent dem andern in Rückſicht auf perſönliche Eigenſchaften giebt, z. E. die Rechte, die ein Ehegatte gegen den andern hat u. ſ. w. So giebt es auch ganz perſönliche Verbindlichkeiten. Dergleichen iſt die Verbindlichkeit eines Delinquenten, die Strafe eines Verbrechens zu leiden. Sie geht nicht auf die Erben. Wann mein Erblaſſer ein Verbrechen begangen hat: ſo kann ich ſein Erbe darüber nicht zur Strafe gezogen werden. Ferner gehören die Verbindlichkeiten aus gewiſſen Verträgen hieher; aus den Verträgen nemlich, bey denen perſönliche Eigenſchaften vorausgeſetzt werden; z. E. aus der Tutel und dem Societätscontracte. Wann mein Erblaſſer Vormund war, oder in einer Societät ſtand: ſo bin ich der Erbe darum nicht ſchuldig, die Vormundſchaft oder Societät fortzuſetzen.

Wer Erbe eines römiſchen Bürgers ſeyn wollte, mußte alſo fähig ſeyn, in alle Rechte und Verbindlichkeiten deſſelben zu ſuccediren; oder wie es die Juriſten ausdrücken, er mußte *teſtamenti factionem paſſivam* haben. Dieſe Fähigkeit muß bey einer **unbedingten** Erbeeinſetzung **in zwey Zeitpuncten**, bey einer **bedingten in dreyen** vorhanden ſeyn.

Nemlich wann ich einen **ohne Bedingung** einſetze: ſo muß er fähig ſeyn a) zur Zeit, **da ich das Teſtament mache**; und b) **da ich ſterbe**. Zur Zeit, da ich das Teſtament mache, ut conſtiterit inſtitutio, wie Florentinus in der L. 49. §. 1. D. h. t. ſagt; wegen der Catonianiſchen Regel: **was von Anfang nicht gilt, kann in der Folge nicht gültig werden.** (* 1) Zur Zeit da ich ſterbe, ut effectum habeat inſtitutio, wie das Geſetz ſagt, weil durch den Tod das Teſtament beſtätigt, und die Erbſchaft deferirt wird.

Aber zweyerley iſt noch anzumerken: 1) dieſe Zeiten werden nur **in ihrem Puncte** betrachtet, das heiſt wann nur der Erbe in der Stunde oder Minute, da ich das Teſtament mache, und in der Minute, da ich ſterbe, erbfähig iſt: ſo kann er mein Erbe werden; geſetzt auch, daß er in der Zwiſchenzeit unfähig geweſen wäre. Man ſtelle ſich vor, im Jahr 1770. zu der Zeit, da ich teſtire, bekennt ſich der eingeſetzte Erbe noch zur chriſtlichen Religion; einige Zeit hernach wird er ein Jude, iſt alſo erbſchaftsunfähig; er verläßt aber die jüdiſche Religion wieder, und im Jahr 1780. da ich mit Tode abgehe, iſt er ein Chriſt. Kann er meine Erbſchaft an ſich bringen? Allerdings. 2) Von dem Todestag des Teſtators an, bis zur Erbesantretung muß er beſtändig erbfähig bleiben. Iſt er in dieſer Periode nur einen Augenblick unfähig: ſo kann er die Erbſchaft nicht erhalten; dann der Subſtitut oder die Inteſtaterben erhalten in dieſem Augenblick ein Recht auf die Erbſchaft. (* 2)

Wann ich jemand unter einer Bedingung zum Erben ernenne: ſo muß er a) zur Zeit, da ich teſtire, b) da ich ſterbe, und c) da die Bedingung erfüllt wird, erbfähig ſeyn. (* 3) Auch hier iſt aber wieder zu bemerken: 1) daß auf die Zwiſchenzeiten nicht geſehen wird; 2) daß der Erbe vom Zeit der erfüllten Bedingung an bis zur Antretung der Erbſchaft fähig bleiben muß, wann er erben will. Wann ich alſo im Januar 1780. jemand unter einer Bedingung zum Erben einſetze; im Julius ſterbe, und die Condition der Erbeseinſetzung im December erfüllt wird; der Erbe auch in dieſen drey Monaten frey, und nur in den Monaten Februarius, Merz, April, May und Junius vom Feinde gefangen geweſen war: ſo konnte er meine Erbſchaft an ſich bringen. Hingegen von dem Zeitpuncte an, da die Condition erfüllt wurde, bis zur Erbſchaftsantretung muß er beſtändig frey ſeyn. Iſt er während dieſer Zeit nur einen Tag lang in der feindlichen Gefangenſchaft: ſo kann er mein Erbe nicht werden.

(1) Man ſehe von dieſer Regel: *Averan*. lib. 4. interpret. Cap. 21. *Voorda* interpret. Cap. 45.

(2) *Vinnius* ad §. 4. I. de hered. qual. et diff. Was *Andr. Flor. Rivinus* diſſ. de Florentini iurisprudentiare teſtamentarie reliquiis (Viteb. 1752.) §. 18. dagegen vorbringt, iſt ſeichtes Geſchwätz.

(3) Dieß iſt wenigſtens die gemeine Meynung. Indeſſen behauptet *Toullieu* in collectan. pag. 441. ſqq. weitläuftig, daß man bey der bedingten Erbeseinſetzung auf die Zeit der Teſtamentsverfertigung gar nicht zu ſehen habe. Allein ſeine Gründe haben mich nicht überzeugt, und L. 49. §. 1. D. de hered. inſtit. iſt zu deutlich.

§. 483. Wer iſt erbfähig?

Wer iſt aber erbfähig und wer iſt unfähig? Die erſte Regel iſt: nicht nur freye, ſondern auch Sklaven eines römiſchen Bürgers können eingeſetzt werden. Wenn ich einen Sklaven einſetze: ſo iſt er entweder mein eigner, oder eines andern Sklave. Im letzten Fall iſt es eben ſo anzuſehen, als ob ich den Herrn eingeſetzt hätte. Im erſten aber wurde gewöhnlich der Sklave zugleich im Teſtament freygelaſſen. Wenn indeſſen dieß auch nicht ausdrücklich geſchehen war: ſo lag es doch implicite in der Erbeseinſetzung. Denn wer den Zweck will, muß auch die Mittel wollen. Nun konnte aber mein Sklave mein Erbe nicht ſeyn, wenn er nicht frey war. Indem ich ihn alſo zum Erben ernennte, hatte ich ihn ſtillſchweigend freygelaſſen.

§. 484.

§. 484. Fremde konnten nicht eingeſetzt werden.

2) Nur römiſche **Bürger** konnten von einem Bürger zum Erben ernennt werden, **keine Fremde**. Denn ein Fremder war nicht fähig, in alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Bürgers zu treten. In Deutſchland kann der Bürger einen Fremden einſetzen. Dieß gründet ſich in der angeführten Verordnung Kaiſer Friedrichs *omnes peregrini*. Sie redet zwar nur von der teſtamentificatione activa: das heiſt, ſie giebt den Fremden das Recht ein Teſtament zu machen, und hebt alſo das ius albinagii auf, vermöge deſſen die Güter eines Fremden nach ſeinem Tode confiſcirt werden. Allein von der teſtamenti factione activa läßt ſich nach dem römiſchen Recht ein Schluß auf die paſſivam machen. Wann alſo der Fremde ein Teſtament machen kann: ſo kann man daraus ſchlieſſen, daß er auch zum Erben eingeſetzt werden könne.

§. 485. Kann man ungewiſſe Perſonen, Armen, Kirche, Städte, Geſellſchaften einſetzen?

Man kann 3) auch **ungewiſſe Perſonen** einſetzen, wann nur die Ungewißheit gehoben werden kann. Sobald dieß geſchieht, iſt die Erbeinſetzung gültig. Die Ungewißheit hebt ſich zuweilen von ſelbſt, wenn man nur einen Zeitpunct abwartet, (tollitur eventu.) Z. E. wann ich ſage: wer im künftigen Jahr Burgermeiſter ſeyn wird, ſoll mein Erbe ſeyn, ſo iſt zwar iezt der Erbe ungewiß, aber die Ungewißheit wird verſchwinden, wenn man nur die Burgermeiſterwahl abwartet. Sie kann ferner durch das Loos gehoben werden; wann nemlich der Teſtirer mehrere Perſonen ernennt, die um ſeine Erbſchaft looſen ſollen. Heineccius hat in ſeinen rechtlichen Gutachten einen merkwürdigen Fall, wo ein Erbe durchs Loos beſtimmt werden ſollte. (* 1) Endlich läßt ſich auch zuweilen die Ungewißheit durch **Präſumtionen** heben. Dieß kommt in dem Fall vor, wann mehrere Perſonen den Namen des eingeſetzten Erben führen; z. E. es heiſt im Teſtament: **mein Vetter Johann ſoll mein Erbe ſeyn**, und der Teſtator hat mehrere Vetter dieſes Namens. Hier tritt eine Präſumtion ein, die Vermuthung nemlich, daß der Vetter gemeynt ſey, mit welchem der Erblaſſer die meiſte Freundſchaft unterhalten hat. Iſt die Ungewißheit auf keine Weiſe zu heben, ſo iſt die Erbeseinſetzung ungültig. Ferner 4) die **Armen** können eingeſetzt werden. Hat der Teſtator nicht geſagt, welche Armen: ſo ſind im Zweifel die gemeynt, welche an ſeinem Wohnorte leben. 5 Die **Kirchen**, 6) **Städte** und 7) **alle erlaubte Geſellſchaften**, (corpora et collegia licita.) Erlaubte Geſellſchaften aber heiſſen hier nur die, welche der Landesherr angeordnet, oder wenigſtens beſtätigt hat; dergleichen ſind z. E. Regierungscollegia, Academien, Zünfte u. ſ. w.

 Iſt

Iſt aber eine Geſellſchaft vom Landesherrn weder angeordnet noch beſtätigt: ſo heiſt ſie eine unerlaubte, wann auch ihr Zweck noch ſo gut und nützlich iſt; z. E. eine Geſellſchaft der Wiſſenſchaften, die noch keine landesherrliche Beſtätigung hat. Indeſſen ſind alle dieſe Perſonen erſt durch neue Geſetze erbfähig geworden; nach dem alten Römiſchen Recht waren ſie es nicht, weil man ſie als perſonas incertas anſah.

(1) *Heineccii* conſilia et deciſion. Conſil. 2. et 3.

§. 486. Wer zur Strafe erbſchaftsunfähig iſt.

Verſchiedene Perſonen können zur Strafe nicht eingeſetzt werden; das heiſt ihre Erbeinſetzung iſt dem Geſetzgeber verhaßt; und zwar einige derſelben können von niemand etwas erben, (ſimpliciter inſtitui non poſſunt;) andere können nur von gewiſſen Erblaſſern in gewiſſen Fällen nichts, oder doch nur einen beſtimmten Theil des Vermögens erben; (ſecundum quid inſtitui nequeunt.) Von allen Erbſchaften ſind ausgeſchloſſen 1) die Kinder eines Menſchen der gegen den Landesherrn das Verbrechen des Hochverraths begangen hat; ein unbilliges und albernes Geſetz! Dann warum ſollen die Kinder um des Vaters willen Strafe leiden? Und der Grund des Geſetzes: die Kinder ſollen zu keinem Vermögen gelangen, damit ſie nicht den Tod ihres Vaters zu rächen Luſt und Gelegenheit bekommen, iſt offenbar nichtig. 2) Wer vom chriſtlichen Glauben abtrünnig wird. 3) Ketzer. Da man übrigens in unſerer Praxis den Ketzern zu teſtiren erlaubt, (§. 470. 1.) ſo können ſie auch zu Erben eingeſetzt werden. 4) Die Judenſchaft. Einzelne Juden kann ein Chriſt einſetzen, nur nicht die ganze Judenſchaft; im Teſtament eines Juden aber kann ſie zum Erben ernennt werden. 5) Unerlaubte Geſellſchaften; was das heiſſe, iſt im vorigen §. erklärt.

§. 487. Fortſetzung.

Einige Perſonen können in gewiſſen Fällen nicht zu Erben ernennt werden. Dahin gehört 1) der Landesherr, wann er eines Proceſſes wegen eingeſetzt wird. Wann ich nemlich einen Proceß habe oder befürchte, und den Landesherrn in der Abſicht zum Erben ernenne, daß er den Proceß mit meinem Gegner führe, und dieſer einen harten Stand bekomme, weil er es mit einem ſo mächtigen Widerſacher zu thun hat. Was iſt aber die Wirkung einer ſolchen Einſetzung? Einige glauben, ſie werde zwar von den Geſetzen nicht gebilligt, indeſſen ſey ſie doch nicht ungültig, und der Landesherr könne die Erbſchaft antreten. Aber die gemeine und richtige Meynung iſt, daß

die Erbeseinſetzung null und nichtig ſey; folglich die Verlaſſenſchaft auf die Inteſtaterben falle. (* 1) 2) Wann ein Ehegatte in der zweyten Ehe lebt, und Kinder aus der erſten Ehe hat: ſo kann er dem zweyten Ehegatten nicht mehr hinterlaſſen, als ein Kind erſter Ehe bekommt. Erhalten die Kinder ungleiche Erbtheile: ſo kann der zweyte Ehegatte nicht mehr bekommen, als das Kind, welches am wenigſten erhält. Man ſtelle ſich vor, ein Ehemann lebt in zweyter Ehe, und hat drey Kinder von ſeiner erſten Ehefrau. Er macht ein Teſtament; ſetzt ſein älteſtes Kind auf 4000. das zweyte auf 3000. das dritte auf 2000 Rthlr. zum Erben ein. Wie viel kann er ſeiner Ehefrau verlaſſen? Nicht mehr als 2000. Rthlr. Der Grund des Geſetzes iſt, die Geſetzgeber fürchten, der zweyte Ehegatte möge durch liſtige Ueberredungen den größten Theil des Vermögens vermittelſt einer Erbeinſetzung an ſich zu ziehen ſuchen. 3) Was die unehelichen Kinder betrift, ſo kann a) Jedermann auſſer den Eltern, dergleichen Kinder einſetzen. Ich kann nämlich die uneheliche Kinder eines andern einſetzen, ſie mögen inceſtuoſi oder adulterini oder von anderer Art ſeyn. b) Kinder, aus einer inceſtuoſen Ehe erzeugt, können weder vom Vater noch von der Mutter eingeſetzt werden. L. 6. C. de ſec. nupt. Wann ſie aber aus einem unehelichen inceſtuoſen Beyſchlafe erzeugt ſind: ſo können ſie eingeſetzt werden. (* 2) Insgemein behauptet man, die adulterini und inceſtuoſi überhaupt, könnten weder vom Vater noch von der Mutter eingeſetzt werden. Man beruft ſich auf die 89. Novelle, cap. 15. wo es heiſt: omnis, qui ex complexibus, (*non enim hoc vocamus nuptias*) aut nefariis, aut inceſtis, aut damnatis proceſſerit, iſte neque naturalis nominatur, neque alendus eſt a parentibus, neque habebit quoddam ad praeſentem legem participium. Allein die Novelle redet nur von einer inceſten Ehe und von adulterinis iſt gar nicht die Rede darin. Man vergleiche die Nov. 74. cap. 6. und Nov. 12. cap. 1. im Anfang. c) Die aus einem Ehebruch, Stuprum und Fornication erzeugten Kinder können alſo eingeſetzt werden. Wann ich meinen ehelichen Kindern und Eltern den Pflichttheil laſſe, ſo kann ich das übrige meinen unehelichen Kindern von beſagter Art zuwenden. Denn nirgends iſt dieſes in den Geſetzen verboten. d) Die naturales konnten nach den alten Geſetzen ebenfalls eingeſetzt werden. L. 45. D. de vulg. et pup. ſubſtit. L. fin. C. de iure delib. L. 17. §. 4. D. ad SC. Trebell. L. 88. §. 12. de legat II. Conſtantin M. aber verordnete, daß der Vater dieſen Kindern, wenn eheliche, oder Eltern, oder Geſchwiſter, oder andere Agnaten vorhanden ſeyen, gar nichts hinterlaſſen ſolle. Dieß iſt zwar nicht gewiß, aber doch wahrſcheinlich. *Iac. Gothofr.* ad Cod. Theodoſ. Tom. 1. p. 394. Valentinian, Valens und Gratian milderten dieſes harte Geſetz, und verordneten, daß, im

Falle

Falle eheliche Kinder, Enkel oder Eltern da ſind, die naturales $\frac{1}{12}$, auſſerdem aber $\frac{3}{12}$ bekommen könnten. L. 1. Cod. Theod. de natural. lib. Arcadius und Honorius beſtätigen den Punct von dem $\frac{1}{12}$. L. 2. C. Iuſt. de nat. lib. Valentinian III. publicirte im J. 428. im Occident eine Verordnung, wodurch das Conſtantinianiſche Geſetz wieder hergeſtellt wurde, Theodoſius im Orient aber nahm ſie nicht an. L. 2. C. Theod de nat. lib. ibique *Gothofr.* Juſtinian verwandelte die obgedachte $\frac{3}{12}$ zuerſt in $\frac{6}{12}$. L. 8. C. Iuſt. de nat. lib. Nachher erlaubte er, die naturales im Fall keine eheliche Kinder und Eltern da ſind, auf das Ganze einzuſetzen. Wann ich Eltern habe, muß ich ihnen den Pflichttheil laſſen, das übrige kann ich den naturalibus zuwenden, Nov. 89. cap. 12. Auth. licet patri C. de nat. lib. Nun fragt ſichs, warum war der Vater bey Einſetzung der naturalium ſo viel eingeſchränkter als bey andern unehelichen Kindern? Man kann davon mancherley Gründe angeben. Einmal wollten die chriſtlichen Kayſer den Concubinat gern abſchaffen, und hielten es doch nicht für rathſam, ihn gerade zu zu verbieten. Fürs andere iſt der Vater der naturalium geſetzlich gewiß. Bey andern unehelichen Kindern iſt dieß nicht. Sie haben iuris intellectu gar keinen Vater, ſind in Anſehung ihres Vaters als ganz fremde Perſonen anzuſehen, und können daher auch ſo gut als jeder andere eingeſetzt werden. Endlich wohnten auch die naturales bey dem Vater im Hauſe, und hatten nebſt ihrer Mutter, Gelegenheit ſich bey ihm einzuſchmeicheln, die ehelicheu Kinder bey ihm verhaßt zu machen, u. ſ. w. Dieſer Fall war bey andern unehelichen Kindern nicht.

Dieß iſt die Verordnung des römiſchen Rechts. Wie ſteht es aber in Deutſchland? Billig ſollte man die römiſchen Geſetze in Anſehung der adulterinorum, ſpuriorum und vulgo quaeſitorum befolgen, dann es iſt kein Grund zum Gegentheil vorhanden. Da die Raiſon, warum die naturales bey den Römern ſo wenig bekommen konnten, wo nicht ganz doch größtentheils wegfällt: ſo ſollte man behaupten, daß auch das Geſetz wegfalle. Nun frage man aber die Juriſten über dieſe Materie. Nicht leicht herrſcht irgendwo ſo viel Irrthum und Mißverſtändniß als hier. Die meiſte Juriſten behaupten, 1) daß die adulterini gar nicht, und 2) die ſpurii, vulgo quaeſiti und naturales, im Fall Eltern oder Kindern vorhanden ſind, ebenfalls nicht eingeſetzt werden könnten. In Anſehung der ſpuriorum und vulgo quaeſitorum beruhet dieſe Meynung auf einen offenbaren Irrthum, und verdient nicht die mindeſte Rückſicht. Was die adulterinos betrift, ſo beruft man ſich zwar auf die Nov. 89. aber ohne Grund, wie ich vorhin bemerkt habe. Und endlich wegen der naturalium heiſt es, der Concubinat ſey heut zu Tage verbozen, ſey ein damnatus coitus, wie die 89. Novelle ſage; alſo könnten dieſe

nicht

nicht eingeſetzt werden. Höchſtſeltſam! War denn das ſtuprum bey den Römern nicht auch verboten, und konnten die ſpurii nicht demungeachtet eingeſetzt werden? Daß der Concubinat *damnatus* coitus in dem Sinne iſt, wie die 89. Novelle den Ausdruck nimmt, iſt offenbar falſch. (*³) Man halte ſich alſo an die Geſetze, und nehme auf Meynungen keine Rückſicht.

Noch hätte der Autor 3) anführen ſollen, daß man auch eine Perſon, mit der man Ehebruch oder andere Unzucht getrieben, nicht zum Erben einſetzen könne. (*⁴)

(1) *Lüd. Menken* Diſſ. de principe litis cauſa herede inſtituto, (in collect. diſp. n. 24.) theſ. 18.

(2) Wenigſtens von der Mutter. *Titius* ad *Lauterb.* Obſ. 856.

(3) Niemand hat dieſe Sache meines Wiſſens und Glaubens richtig vorgeſtellt. als *Deſid. Herald.* rer. et quaeſtion. iur. quotid. lib. 1. cap. 2. und *Hommel* rhapſod. obſ. 373. Wer aber die Meynungen anderer wiſſen will, kann folgende Schriften nachleſen: *Mich. Graſſ.* de ſucceſſ. §. inſtitutio. Qu. 7. pag. 176. *Gail.* lib. 2. obſ. 88. n. 1. *Gabr. Palaeot.* de notis ſpuriisque filiis, cap. 40. p. m. 255. *Forſter* de ſucceſſ. ab int. lib. 6. cap. 47. *Manz.* de teſtam. valid. et non valid. tit. 6. quaeſt. 7. n. 108 ſqq. p. 155 *Sande* deciſ. Friſ. lib. 4. tit. 4. def. 3. *Franzk.* ad inſtit. lib. 3. tit. 1. cap. 8. n. 12. *Wiſſenbach* ad pand. Part. 1. Diſp. 56. n. 6. *Leyſer* Sp. 356. med. 11. 12. Struben rechtl. Bed. 1. Th. 48. Bed. 4. Theil. 130. Bed. *Beck* de ſtupro lib. 2. cap. 6. §. 1.

(4) L. 13. et 14. D. de his quae ut indignis. *Voet* ad Pand. d. Tit. n. 3. Strube rechtl. Bed. 1. Theil. 331. Seite.

§. 488. Regeln bey der Erbeinſetzung.

1) Wenn ich einen Erben ernenne, ſo muß ich ihn ſo bezeichnen, daß man gewiß weiß, wen ich gemeynet habe; daß ich ihn mit Namen nenne, iſt nicht nöthig. Ulpian ſagt in der L. 9. §. 8. D. h. t. ſi quis nomen heredis non dixerit, ſed indubitabili ſigno eum demonſtraverit, quod pene nihil a nomine differt, non tamen eo quod contumeliae cauſa ſolet addi, valet inſtitutio. 2) Weiß man, wen der Teſtator gemeynt hat, ſo ſchadet es auch nicht, wenn er einen falſchen Namen gebraucht hat; z. E. er ſagt: ich ſetze meinen Oheim Philipp N. ein, und der Oheim heiſt nicht Philipp, ſondern Henrich; oder wenn er 3) ihn unrichtig beſchreibt, z. E. Henrich, Claus, Philipp Clauſens Sohn, ſoll mein Erbe ſeyn, und der Vater hat nicht Philipp geheiſſen. L. 48. §. 3. D. eod. Ein anderes wäre es, 4) wenn der Teſtirer den A. hätte einſetzen wollen, und aus Verſehen den B. genennt hätte; dann jetzt bekommt keiner die Erbſchaft. L. 9. pr. D. eod.

5) Eine ſchimpfliche Beſchreibung, z. E. mein Vetter der Gaudieb ſoll mein Erbe ſeyn, macht die Erbeinſetzung ungültig. L. 9. cit. Dahingegen ſchadet 6) die Anführung einer falſchen Urſache der Regel nach nichts. Die Ausnahme dieſes Satzes, welche unten §. 576. bey den Vermächtniſſen vorgetragen werden wird, gilt auch hier. Daß man 7) die Erbeinſetzung der Willkühr eines andern überlaſſe, z. E. mein Erbe ſoll ſeyn, wen A. dazu ernennen wird, geht nicht an. L. 32. L. 68. D. h. t. (* 1)

(1) Dieſe Regel des römiſchen Rechtes iſt auch durch das Canoniſche, cap. 13. X. de teſtam. nicht abgeſchafft. *Chriſt. Frid. Glück* progr. Innocentius III. in cap. 13. X. de teſtam. et ult. vol. iuri civili haud derogans, in opuſc. faſcic. I. die vorzüglichſte Schrift in dieſer Materie. Das römiſche Recht gilt auch bey uns. Cramer Wezl. Beyträge, 3. Th. 12. St. 62. u. ff. S.

§. 489. Benennung der Erbſchaftstheile.

Die römiſchen Teſtatoren pflegten ihre Verlaſſenſchaft nach Zwölftheilen zu vertheilen. **Nothwendig** war dieß nicht; der Teſtirer konnte nach Fünfteln, Siebenteln u. ſ. w. theilen; z. E. ſagen A. ſoll mein Erbe ſeyn auf $\frac{2}{5}$, B. auf $\frac{3}{5}$, aber **gewöhnlich** war es, nach Zwölfteln zu rechnen. Die ganze Erb ſchaft hieß *as*. As heiſt eigentlich **ein Pfund**, man brauchte aber dies Wort auch **um jedes vollſtändige Ganze**, inſonderheit die ganze Erbmaſſe damit zu bezeichnen. Daher heiſt der Univerſalerbe: *heres ex aſſe*, und weil das Pfund bey den Römern in 12 Theile abgetheilt wurde, ſo theilte man auch die Erbſchaften auf dieſelbe Weiſe. Jeder $\frac{1}{12}$ des Pfundes und daher auch der Erbſchaft hieß *uncia*. Zwey Zwölftel hieſen *ſextans*, dann es iſt der ſechste Theil von Zwölfen. Drey Unzen ($\frac{3}{12}$) *quadrans*; dann es iſt der vierte Theil des Ganzen. Vier Unzen ($\frac{4}{12}$) heiſſen *triens*, weil ſie den dritten Theil von zwölf ausmachen. Fünf Unzen ($\frac{5}{12}$) heiſſen *quincunx*; (von quinque unciae.) Sechs Unzen ($\frac{6}{12}$) heiſſen *ſemis*; als die Hälfte von zwölf. Sieben Unzen ($\frac{7}{12}$) *ſeptunx*, (ſeptem unicae.) Acht Unzen ($\frac{8}{12}$) haben den Namen *bes*, ein Wort, deſſen Etymologie unbekannt iſt. (* 1) Neun Unzen ($\frac{9}{12}$) heiſſen *dodrans*, dann ſie ſind das Ganze, *demto uno quadrante*. Zehen Unzen ($\frac{10}{12}$) heiſſen *decunx* oder *dextans*; decunx von decem unciae, dextans, von as *demto ſextante*. Eilf Unzen endlich ($\frac{11}{12}$) heiſſen *deunx*, (demta eſt una uncia.)

Die Unzen wurden auch wieder eingetheilt. Eine halbe Unze hies ſemuncia; anderthalb Unzen ſescuncia; der vierte Theil einer Unze hieß ſicilicum. Wann eine Erbſchvft nach vier und zwanzigtheilen vertheilt wurde: ſo ſagte man es ſey *dupondium* gemacht; und vertheilte man ſie nach ſechs und dreyſigſteln, ſo hieß es *tripondium*. (* 2)

(1) *Briſ-*

(1) *Briſſonius* de verb. ſignif. voce *bes.*

(2) *Maianſius* de diviſione hereditatis, in diſput. iur. Tom. 2. n. 37.

§. 490. Wie muß die Erbſchaft vertheilt werden?

Wann eine Erbſchaft unter die Teſtamentserben vertheilt werden ſoll; ſo muß man die Theilung ſo machen, daß alles aufgeht, und von dem Ganzen nichts übrig bleibt. Dann bliebe etwas übrig, das die Teſtamentserben nicht zu ſich nähmen: ſo würde es auf die Inteſtaterben fallen. Der Teſtator würde alſo zum Theil teſtatus und zum Theil inteſtatus ſterben.

Daraus folgt dann 1) daß **wann ich nur Einen Erben einſetze, dieſer die ganze Erbſchaft bekommt**, geſetzt auch, daß er nur auf einen Theil der Erbſchaft, oder gar nur auf eine einzelne Sache eingeſetzt wäre. Man denke ſich den Fall, der Teſtator ſetzte mich zum Erben ſeines halben Vermögens ein, und beſtimmte nicht, wer die andere Hälfte haben ſollte; oder ernennte mich zum Erben ſeines Landgutes, ohne zu beſtimmen, wer das übrige Vermögen bekommen ſolle. In beyden Fällen bekomme ich die ganze Verlaſſenſchaft. *1) 2) **Wenn mehrere Erben, und zwar ohne Beſtimmung der Erbtheile**, eingeſetzt ſind: ſo wird die Verlaſſenſchaft zu gleichen Theilen unter ſie vertheilt. Doch galt bey den Römern die Regel: plures perſonae in eadem propoſitione nominatae pro una habentur; oder welches einerley iſt, man machte ſo viel Theile, als der Teſtator Sätze gemacht hatte. Ein Beyſpiel wird dieß klar machen. Wann der Teſtator geſagt hätte;

Caius heres eſto.

Titius et Mevius pariter heredes ſunto.

Denique et Tullius, Aulus ac Tryphoninus heredes ſunto,

ſo wurden drey gleiche Erbtheile gemacht, den erſten bekam Cajus allein; den zweyten theilten Titius und Mevius; den dritten Tullius, Aulus und Tryphoninus. Wann heutiges Tags jemand ſich in ſeinem Teſtament auf die obenbeſchriebene Art ausdrückte, (welches aber ſchwerlich geſchehen wird:) ſo möchte man wohl die römiſche Regel nicht anwenden können; der Teſtator müßte dann ein Erzjuriſt geweſen ſeyn. Man würde vielmehr die Erbſchaft in ſechs gleiche Theile theilen müſſen. 3) **Sind mehrere eingeſetzt und zwar ſo, daß jedem eine gewiſſe Sache aſſignirt iſt**, z. E. A. B. C. ſollen meine Erben ſeyn:

A. ſoll mein Haus haben,
B. meine Gärten,
C. meine Aecker.

ſo bekommt jeder Erbe die ihm angewieſene Sache zum voraus, als ein praelegatum, (§. 558.) die übrige Erbſchaft wird zu gleichen Theilen vertheilt; geſetzt auch daß das Haus nicht gleichen Werth mit den Gärten, die Gärten nicht gleichen Werth mit den Aeckern hätten. 4) **Wann mehrere mit Beſtimmung der Portionen eingeſetzt ſind:** ſo erſchöpfen entweder a) die Theile das ganze, z. E.

A ſey mein Erbe auf — — — $\frac{8}{12}$
B auf — — — — — — $\frac{3}{12}$
C auf — — — — — — $\frac{1}{12}$

Summa $\frac{12}{12}$

Oder b) die Theile ſind zuſammen genommen weniger als das Ganze. Z. E.

A ſoll von mir erben — — — $\frac{8}{12}$
B — — — — — — — $\frac{2}{12}$
C — — — — — — — $\frac{1}{12}$

Summa $\frac{11}{12}$

Oder c) die Theile machen mehr als das Ganze aus. Z. E.

A ſoll bekommen — — — — $\frac{8}{12}$
B — — — — — — — $\frac{4}{12}$
C — — — — — — — $\frac{1}{12}$

Summa $\frac{13}{12}$

Im Falle a) nimmt jeder ſeine beſtimmte Portion; im Falle b) wird der Reſt nach geometriſcher Proportion getheilt, (ſingulis pro rata accreſcit.) Man ſagt:

$\frac{11}{12}$ haben zu vertheilen $\frac{1}{12}$ wie viel bekommen $\frac{8}{12}$?
— — $\frac{2}{12}$?
— — $\frac{1}{12}$?

und rechnet es durch die Regel Detri für jeden aus. Im letzten Fall endlich muß ſich jeder etwas abkürzen laſſen, (ſingulis pro rata decreſcit.) Man ſetze alſo

$\frac{13}{12}$ be-

$\frac{13}{12}$ bekommen nur $\frac{12}{12}$. wie viel bekommen $\frac{8}{12}$
— — — — wie viel bekommen $\frac{4}{12}$
— — — — wie viel bekommt $\frac{1}{12}$

4) Wann mehrere Erben auf verſchiedene Art eingeſetzt ſind: ſo unterſcheide man folgende Fälle; a) einer iſt auf eine gewiſſe Sache eingeſetzt, die andere ſchlechtweg, oder mit Beſtimmung der Erbtheile. Z. E.

A. ſoll mein Erbe ſeyn auf mein Landgut.
B. und C. ſollen meine Erben ſeyn.

Oder:

A. ſoll mein Erbe ſeyn auf mein Landgut.
B. und C. ſollen meine Erben ſeyn zu gleichen Theilen.

b) Einer iſt ſchlechtweg eingeſetzt, den andern ſind ihre Portionen beſtimmt. Z. E.

A. ſoll mein Erbe ſeyn.
B. ſoll mich erben auf $\frac{6}{12}$
C. aber ſoll Erbe ſeyn auf $\frac{4}{12}$

Im Fall a) iſt der auf eine gewiſſe Sache eingeſetzte Erbe A. in Anſehung der übrigen ein bloſſer Legatarius; er bekommt die ihm aſſignirte Sache und weiter nichts, bezahlt auch keine Schulden. Wann aber die übrigen wegfallen, das heiſt, nicht Erben ſeyn wollen, oder nicht ſeyn können: ſo iſt A. ein wahrer Erbe, und bekommt durch das ius accreſcendi die ganze Erbſchaft. (*²) Dieſer Satz wird denjenigen noch nicht völlig deutlich ſeyn, die den erſt unten zu erklärenden Begriff vom Legatarius (§. 552.) und vom iure accreſcendi (§. 494.) noch nicht verſtehen.

Wir gehen zum Fall b.) Hier diſtinguire man weiter. Wann aa) die Portionen, welche bey einigen Erben beſtimmt ſind, die ganze Maſſe nicht erſchöpfen: Z. E.

A. ſoll mein Erbe ſeyn.
B. ſoll mein Erbe ſeyn auf $\frac{6}{12}$
C. ſoll Erbe ſeyn auf $\frac{4}{12}$

ſo bekommt A. den Ueberreſt, nemlich $\frac{2}{12}$. Wann bb) die Portionen der Maſſe gleich ſind; Z. E.

A. ſoll mein Erbe ſeyn auf $\frac{8}{12}$
B. ſoll mich erben auf $\frac{4}{12}$
Auch C. ſoll mein Erbe ſeyn.

ſo ſagt das römiſche Recht, man mache ein dupondium, (§. 488.) das heiſt, man gebe dem A. nur $\frac{8}{24}$. und dem B. $\frac{4}{24}$. den Reſt theile man dem C. zu; ausgenommen, wann es hieſſe:

A. ſoll mein Erbe ſeyn auf $\frac{8}{12}$
B. — — — — $\frac{4}{12}$
Auch C. ſoll auf den Ueberreſt mein Erbe ſeyn.

Dann nun bekommt C. nichts. Endlich cc) wann die Portionen die Maſſe überſteigen: Z. E.

A. ſoll mein Erbe ſeyn auf $\frac{8}{12}$
B. ſoll erben auf — — $\frac{6}{12}$
C. ſoll mich ebenfalls erben.

ſo wird abermals ein dupondium gemacht, A. bekommt nur $\frac{8}{24}$. B. nur $\frac{5}{24}$. C. den Ueberreſt.

(1) Auch heutiges Tages *Leyſer* ſp. 361. med. 5.
(2) *Galvanus* de uſufr. cap. 13. n. VI. *Leyſer* ſp. 361. m. 9.

§. 491. Von der Erbeseinſetzung mit Beyfügung einer Zeit.

Ein Erbe kann 1) pure, das heiſt ohne Bedingung; 2) mit einer Bedingung; aber 3) nicht auf eine gewiſſe Zeit, (in diem certum;) auch nicht von einer gewiſſen Zeit an, (ex die certo,) eingeſetzt werden. Die römiſchen Geſetze ſagen: dies certus pro non adjecto habetur. Wann alſo der Teſtirer gleich geſagt hätte: A. ſoll mein Erbe ſeyn nur zehen Jahre lang: ſo bleibt A. doch immer Erbe. Und wann der Teſtator gleich verordnet hätte: A. ſoll mein Erbe ſeyn, aber erſt, wann zehen Jahre nach meinem Tode verfloſſen ſind: bekommt A dennoch ſogleich nach des Erblaſſers Tode die Erbſchaft. Einen Grund dieſer Regel habe ich oben ſchon erklärt. (§. 442.) Aber ſie hat auch noch einen andern; dieſen nämlich: wer einmal Erbe iſt, muß es nach dem römiſchen Recht allezeit bleiben, kann nie wieder aufhören, es zu ſeyn. Wollte ich aber einen Erben ex die oder in diem ernennen: ſo würde gegen dieſen Grundſatz angeſtoſſen werden müſſen.

Man wird mir vielleicht den Einwurf machen: es geht ja doch an, den A. zum Erben zu ernennen, und ihm ein Fideicommiß aufzulegen, ihm aufzugeben, daß er nach einer gewiſſen Zeit, z. E. nach 10. Jahren die Erbſchaft dem B. reſtituire. Hört hier A. nicht auf Erbe zu ſeyn? Auf dieſen Einwurf läßt ſich zweyerley antworten. 1) Der mit einem Fideicommiß beſchwerte Erbe

Erbe bleibt Erbe, wann er auch gleich die Erbſchaft reſtituirt hat, wie wir §. 602. hören werden. Der Fideicommißerbe iſt nur, wie es im §. 3. I. de fideicom. hered. ſehr expreſſiv heiſt, *heredis loco.* 2) Die Regel, heres non poteſt inſtitui ex die, iſt von einem directen Erben zu verſtehen, auf Fideicommiſſe geht ſie nicht. Eben darum, weil man directe keinen Erben ex die ernennen konnte, wurden die Fideicommiſſe gebraucht. (§. 600.)

Was iſt aber Rechtens, wann der Tag ungewiß iſt, den man der Erbeseinſetzung beyfügt? Man diſtinguire drey Fälle; 1) der Tag iſt völlig ungewiß, das heiſt, man weiß nicht, ob er kommen werde, nicht wann er kommen werde. Z. E. A. ſoll mein Erbe an dem Tage ſeyn, da er ſeinen erſten Sohn taufen laſſen wird. 2) Der Tag iſt ungewiß in Anſehung der Frage ob; das heiſt man iſt nicht verſichert, daß er kommen werde; z. E. A. ſoll an dem Tage mein Erbe ſeyn, da er 25. Jahr alt werden wird. 3) Der Tag iſt nur in Anſehung der Frage **wann** ungewiß; man weiß gewiß, daß er kommt, aber nicht wann er kommen wird. Von dieſer Art iſt der Todestag des Menſchen. Im erſten und zweyten Falle iſt der Tag als eine Bedingung anzuſehen; was alſo dabey Rechtens ſey, wird der folgende §. lehren. Im dritten Falle aber diſtinguire man weiter: a) wann dieſer Tag **dem Erben ſelbſt** beygefügt iſt; z. E.

A. ſoll mein Erbe ſeyn, an dem Tage, da er ſterben wird:

ſo iſt es als eine inſtitu[illegible] ex die certo anzuſehen. Dies certus aber wird, wie wir vorhin gehört haben, pro non adjecto gehalten. b) Wann er **einem dritten** beygefügt iſt: ſo gilt er als eine Bedingung; z. E.

A. ſoll mein Erbe ſeyn an dem Tage, da B. ſterben wird.

Dann es iſt zwar gewiß, daß B. ſterben wird, aber ungewiß, ob A. dieſen Todesfall erlebt. Nun muß er ihn aber erleben, wann er die Erbſchaft haben will. (§. 493.) Folglich iſt es ungewiß, ob A. die Erbſchaft bekommt; folglich iſt er unter einer Bedingung eingeſeßt.

§. 492. Was iſt Bedingung?

Bedingung heiſt in der allgemeinſten Bedeutung ein äuſſerlicher **Umſtand**, von welchem ein gewiſſes Recht abhängt. Wann ich z. E. ſage: A. ſoll mein Erbe ſeyn, wofern er heyrathet, und männliche Deſcendenz bekommt: ſo hängt von dem **Umſtand** des Heyrathens und der Erzeugung männlicher Kinder die Erwerbung des Erbrechtes ab; alſo iſt eine Bedingung vorhanden. So lang es ungewiß iſt, ob eine Bedingung erfüllt werden wird, ſagt man

ſie

ſie ſchwebe, *conditio pendet.* Sobald der Umſtand wirklich wird, von welchem das Recht abhängt, ſo exiſtirt die Bedingung, und wenn es gewiß iſt, daß nun die Bedingung nicht exiſtiren werde, ſo heiſt es *deficit conditio.*

Die Bedingung wird auf mancherley Art eingetheilt. Sie iſt 1) entweder *in praeſens*, oder *in praeteritum*, oder *in futurum collata.* Wenn der Umſtand von welchem ein Recht abhängt, in die vergangene Zeit geſetzt wird, ſo iſt es conditio in praeteritum collata. Alſo in Teſtamenten inſonderheit heiſt conditio in praeteritum collata, wenn der Umſtand ſich ſchon vor Verfertigung des Teſtaments zugetragen haben ſoll. Z. E. A. ſoll mein Erbe ſeyn, wann er vor der Verfertigung dieſes meines Teſtamentes Burgermeiſter geweſen iſt. conditio in praeſens collata iſt, wann der Umſtand an dem Tage, da die Bedingung gemacht wird, exiſtiren ſoll. Z. E. A. ſoll mich erben, wann er heute am 1. Febr. 1778. da ich dieſes Teſtament mache, verheyrathet iſt. Endlich Conditio in futurum collata heiſt, wann der Umſtand, von welchem das Recht dependiret, in die Zukunft geſetzt iſt; z. E. A. ſoll mein Erbe ſeyn, wann er heyrathen wird.

2) Sie iſt entweder *ſuſpenſiva* oder *reſolutiva.* Wann von der Bedingung die Frage abhängt, ob einer das Recht bekommen ſoll, ſo heiſt ſie ſuſpenſiva; hingegen reſolutiva, wann von der Condition die Frage dependiret, ob er das Recht behalten oder ob er es wieder verlieren ſoll. Alſo bey Erbſchaften iſt conditio ſuſpenſiva beygefügt, wann das Erbrecht nicht eher anfangen ſoll, als bis die Condition exiſtiret; und reſolutiva, wann das Erbrecht aufhören ſoll, ſobald die Condition exiſtirt.

3) Entweder *affirmativa* oder *negativa*; affirmativa, wann einer das Recht bekommt oder es ihm bleibt, in ſofern der Umſtand exiſtiret; negativa wann er das Recht erhält oder es ihm verbleibt, in ſofern der Umſtand nicht exiſtiret. Z. E. A. iſt unter einer affirmativen Bedingung eingeſetzt, wann es heiſt: er ſoll mein Erbe ſeyn, wofern er die Doctorwürde annehmen wird; unter einer negativen aber, wann ich ſage: er ſoll mich erben, wann er nicht Soldat werden wird.

4) Entweder möglich oder unmöglich, die unmögliche entweder phyſiſch oder moraliſch unmöglich. Phyſiſch unmöglich iſt die Bedingung, wann die Naturkräfte die Erfüllung nicht erlauben; z. E. A. ſoll mein Erbe ſeyn, wann er einen Triangel zeichnet, deſſen drey Winkel keine 180. Grade haben; moraliſch unmöglich, wann die Erfüllung den moraliſchen Geſetzen zuwider, kurz, wann ſie verboten iſt; z. E. A. ſoll mich mit dem Beding erben, daß er den B. derbe ausprügle. (*1)

Die

Die mögliche iſt entweder *caſualis*, oder *poteſtativa*, oder *mixta*. Caſualis, wann äuſſerliche Dinge, die nicht in der Gewalt desjenigen ſind, deſſen Recht von der Bedingung abhängt, zur Erfüllung der Condition thätig concurriren müſſen; z. E. A. ſoll mein Erbe ſeyn, wann in dieſem Jahre Friede wird. Poteſtativa, wann nur der Wille jenes Menſchen dazu nöthig iſt, um die Bedingung zu erfüllen; z. E. B. ſoll mich erben, wann er heyrathet. Mixta, wann Wille des andern und äuſſerliche Umſtände, die nicht in ſeiner Macht ſind, zuſammen concurriren müſſen, um die Erfüllung der Bedingung zu bewirken; z. E. A. ſoll mich erben, wann er einen Sohn zeugen wird. Nur bemerke man, das allein macht eine Condition noch nicht zur *mixta*, **wann die Erfüllung durch zufällige Umſtände gehindert werden kann**; dieß kann bey jeder Condition geſchehen. Erſt alsdann iſt ſie mixta, **wann die äuſſerlichen Umſtände thätig zur Erfüllung mitwirken müſſen.** (*[2])

Noch giebt es eine Art von Bedingungen, welche man **ſchwere** nennt; es ſind ſolche, welche ein Menſch erfüllen kann, ein anderer nicht; z. E. A. ſoll mein Erbe ſeyn, wann er ein Schauſpiel ſchreibt, das den Beyfall der Kenner in dem Grade, wie **Ugolino, Emilia Galotti** und **Götz von Berlichingen** erhält. (*[3])

(1) **Zu den in Teſtamenten verbotenen Bedingungen gehört auch die** conditio iuriſiurandi promiſſorii, **wann es heiſt: A. ſoll mein Erbe ſeyn, wenn er ſchwören wird, daß er etwas gewiſſes thun oder geben, z. E. mir ein Monnment errichten wolle.** L. 8. pr. §. 6. 7. D. de condit. inſtit. L. 20. et 26. D. de condit. et demonſtrat. L. 36. D. de manumiſſ. teſtam. L. 112. D. de legat. I. L. 29. D. de teſtam. mil. **Denn wozu diente der Eyd, da der Erbe ohnehin verbunden war, den Willen des Teſtators zu erfüllen? Doch ſagt Marcell in der** L. 20. D. de condit. et demonſtr. **die** conditio iuriſiurandi **ſey** *plerumque turpis*. **Dann es konnten Fälle kommen, wo der Eyd ſeinen Nutzen hatte; wo alſo die** conditio iurandi **gültig war. M. ſ.** *Car. Frid. Walch* lib. ſing. de conditione iuriſiurandi ultimis voluntatibus adiecta. Ien. 1759. 4. **der aber die Schändlichkeit dieſer Bedingung aus der Stoiſchen Philoſophie herleitet.**

(2) **Man kann alſo den Unterſchied zwiſchen den** conditionibus poteſtativis **und** mixtis **nicht verwerfen, wie einige thun. S.** *Einert* diſſ. varia iur. civ. capita, cap. 2.

(3) **Der Hauptſchriftſteller in dieſer Materie iſt** *Philibert. Bruſſelius* in tract. de conditionibus teſtamentorum, contractuum et pactorum, Lovan. 1560. 4. **nachher mehrmal aufgelegt. Auch muß ich** *Io. Iuſt. Ravensberg* opuſc. de conditionibus conventionum et ultimorum voluntatum Ien. 1752. 8. **und** *Chriſt. Gottl. Richter* diſſ. de conditione nominis ferendi ultimis voluntatibus adſcripta Lipſ. 1780. **empfehlen.**

§. 493. Regeln der Bedingungen.

Bey den Conditionen gelten folgende Regeln. 1) Eine conditio in praeſens oder praeteritum collata ſchiebt die Acquiſition des Erbrechts nicht auf, hält ſie nicht in der Ungewißheit. Denn wann das Teſtament eröffnet wird, und man ſieht, daß zur Zeit der Verfertigung der feſtgeſetzte Umſtand ſchon exiſtirt hatte, oder noch exiſtirte; z. E. der eingeſetzte Erbe am 1. Febr. 1778. verheyrathet war: ſo wird er ſogleich Erbe; zeigts ſichs aber, daß der Umſtand damals noch nicht exiſtirte: ſo hat der Erbe auch ſogleich alle Hoffnung zur Erbſchaft verlohren.

2) Ein Erbe kann nicht unter einer reſolutiven Bedingung eingeſetzt werden. Denn wer einmal Erbe iſt, muß es allezeit bleiben. (§. 491.)

3) Eine Erbeseinſetzung unter einer phyſiſch unmöglichen negativen Bedingung, das heiſt, wann ich einen unter der Bedingung einſetze, daß er etwas phyſiſch unmögliches unterlaſſen ſoll, iſt ſo gut als eine unbedingte, z. E. A. ſoll mein Erbe ſeyn, wann er das Luftſchiff nicht erfindet, keine Univerſalmedicin bekannt macht. Dann das Luftſchiff (*1) und die Univerſalarzney ſind Schimären. Wann ich aber eine moraliſch unmögliche Bedingung negativiſch vorſchreibe, das heiſt dem Erben die Unterlaſſung einer unerlaubten Handlung befehle, ſo iſt die Condition wirkſam; dann er muß das Factum unterlaſſen, wann er mich erben will. 4) Wird eine ſchlechterdings unmögliche Bedingung als eine affirmative vorgeſchrieben; ſie ſey nun moraliſch oder phyſiſch unmöglich: ſo wird ſie als nicht beygefügt angeſehen; das heiſt der eingeſetzte Erbe bekommt die Erbſchaft, ohne daß er die Bedingung zu erfüllen z. E. den unmöglichen Triangel zu zeichnen, den B. auszuprügeln braucht. Die Urſache iſt: die Geſetzgeber finden es ſehr unſchicklich, daß man ſolche unmögliche Bedingungen beyfüge, von denen man weiß, daß ſie der Erbe gar nicht, oder nicht erlaubter Weiſe erfüllen kann. Thut es alſo ein Teſtator, ſo verordnen ſie zur Strafe, daß die Condition als gar nicht vorhanden angeſehen werden ſoll. (*2)

Iſt die Condition von den ſchweren eine: ſo kommt es darauf an, ob ſie der Erbe erfüllen kann, oder nicht. Kann er es: ſo iſt eben das Rechtens, was bey den möglichen Bedingungen gilt. Kann er es aber nicht: ſo hat der Teſtator dies entweder gewußt oder nicht; z. E. entweder gewußt, daß der Erbe ein gutes Schauſpiel zu ſchreiben auſſer Stand ſey, oder nicht. In jenem Fall iſt die Condition als nicht beygefügt anzuſehen; in dieſem Fall aber iſt ſie gültig, und der Erbe bekommt die Erbſchaft nicht.

Was

Was die mögliche Bedingungen betrift, ſo unterſcheide man drey Fälle; der erſte iſt, wenn die Bedingung noch ſchwebt; der zweyte, wenn ſie exiſtiret, der dritte, wenn ſie deficirt. 5) Schwebt ſie noch und iſt caſualis oder mixta, ſo kann der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft nach den Civilgeſetzen nicht antreten; der Prätor aber giebt ihm bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas. Nur muß er Caution ſtellen, daß er die Erbſchaft wieder herausgeben will, wann die Bedingung deficiren ſollte. 6) Iſt die Condition ein poteſtativa affirmativa, und der Erbe kann ſie ſogleich erfüllen; z. E. es heiſt, A. ſoll mein Erbe ſeyn, wenn er heyrathet, und der Erbe iſt im Stande zu heyrathen, ſo muß er es thun. Iſt dieß aber nicht möglich, weil z. E. der Erbe noch zu jung iſt, ſo muß er wieder bon. poſſ. ſec. tabulas ſuchen und Caution ſtellen. 7) Iſt ſie hingegen negative beygefügt, ſo kann er die Erbſchaft antreten, wenn er die Mucianiſche Caution leiſtet. Z. E. wenn es im Teſtament heiſt: A. ſoll mich erben, wofern er nicht Soldat wird, ſo muß er Caution ſtellen, daß er kein Soldat werden wolle. Nach den alten Geſetzen konnte er in ſeinem ganzen Leben die Erbſchaft nicht bekommen; dann ſo lang er lebte, war es immer noch möglich, daß er gegen die Vorſchrift des Teſtaments handelte. Aber Q. Mucius Scävola, Pontifex Maximus führte den Satz ein, daß der Erbe zur Erbſchaft gelaſſen werden ſolle, wenn er Caution leiſtete, daß er den Willen des Teſtators nie übertreten würde, und daher heiſt dieſe Caution die Mucianiſche.

8) Exiſtirt die Bedingung, ſo bekommt der Erbe die Erbſchaft, und zwar vom Tode des Teſtators, nicht erſt von dem Tage an, da die Bedingung exiſtirt; retro pura cenſetur inſtitutio. Nur muß der Erbe die Exiſtenz der Condition erleben. Stirbt er vorher, ſo bekommt er nichts, und ſeine Erben eben ſo wenig; inſtitutio fit caduca.

Eben ſo iſt es 9) wenn die Bedingung deficirt. Das Teſtament geht zu Grunde, und der Erbe erhält die Verlaſſenſchaft nicht.

Die Anmerkung ſagt: in den Contracten hat eine unmögliche Bedingung ihre Wirkung. Sie wirkt nemlich ſo viel, daß der Promiſſor, welcher etwas unter einer unmöglichen Bedingung verſprochen hat, gar nicht verpflichtet wird. (§. 740) Hier haben die Geſetzgeber nicht verboten, unmögliche Bedingungen feſtzuſetzen, und ſie daher auch ihrer Wirkung nicht beraubt.

(1) Dieß ſchrieb ich im Jahr 1782. Seitdem hat mich Montgolfier widerlegt.

(2) Von den unmöglichen Bedingungen ſ. *Averan.* interpret. lib. 2. cap. 24.

§. 449. Vom iure accreſcendi.

Bey den Erbſchaften kommt zuweilen ein Recht vor, welches *ius accreſcendi* heiſt. Wenn nemlich ein Miterbe wegfällt, das heiſt, wann er ſeine Erbportion nicht haben will, oder nicht haben kann: ſo fällt dieſe Portion auf die übrigen Miterben, (accreſcit reliquis.) Ich ſage, wann er ſeine Erbportion nicht haben kann. Dahin gehört, wenn er vor dem Erblaſſer, oder vor Erfüllung der Condition ſtirbt; wenn die Condition gar nicht erfüllt wird; (§. 493. Num. 8. und 9.) wenn er nicht fähig iſt, eine Erbſchaft zu erwerben. (§. 486. 487.) Dieſes ius accreſcendi iſt zugleich mit einer Nothwendigkeit verbunden. Es hängt nicht von den Miterben ab, ob ſie die Portion des heredis deficientis haben wollen, oder nicht; ſie müſſen entweder dieſen Theil annehmen, oder auf die ganze Erbſchaft Verzicht thun. Daher brauchen ſie auch nicht einmal zu wiſſen, daß ihr Miterbe weggefallen, und ihnen ſein Theil zugewachſen ſey. Es accreſcirt ihnen ohne ihr Wiſſen. Die Urſache iſt: wann das ius accreſcendi nicht ſtatt finden ſollte: ſo müßte das Erbtheil des coheredis deficientis den Inteſtaterben zufallen, aber auf dieſe Weiſe würde der Teſtator zum Theil teſtatus, und zum Theil inteſtatus ſterben. Da das nun nicht angeht, (§. 442.) ſo iſt das ius accreſcendi ſchlechterdings nothwendig.

TIT. XV.

De vulgari ſubſtitutione.

§. 495. Verſchiedene Arten der Erbeseinſetzung.

Ein Teſtator kann Eine Perſon zum Erben einſetzen, er kann aber auch mehrere dazu ernennen. Wann er mehrere dazu ernennt: ſo ſind zwey Fälle möglich; entweder a) er ſetzt ſie alle zugleich, auf einmal zu Erben ein, oder b) er ſetzt den zweyten auf den Fall ein, wann der erſte wegfällt. Im letzten Fall ſagt man, iſt eine *ſubſtitutio*, und zwar *directa*, *ſubſtitutio* im eigentlichen Verſtande, eine Aftererbeinſetzung geſchehen. Der zweyte Erbe oder Aftererbe iſt dem erſten ſubſtituirt. Sind aber die mehreren Erben auf Einmal eingeſetzt: ſo ſind ſie entweder alle *directe* eingeſetzt, oder einer

ner *directe*, der andere *fideicommiſſarie*. Sie ſind directe eingeſetzt, wann ſie alle unmittelbar aus den Händen des Teſtators die Erbſchaft erhalten ſollen; z. E. es heiſt A. B. und C. ſollen meine Erben ſeyn. Und dieſe Erben heiſen **Miterben**, (coheredes.) Hingegen einer iſt directe, der andere fideicommiſſarie eingeſetzt, wann der Teſtator verordnet, daß einer die Erbſchaft antreten, ſie aber dem andern wieder herausgeben ſoll. Z. E. er ſagt: A ſoll mein Erbe ſeyn, und lebenslang die Erbſchaft genieſſen. Aber nach ſeinem Tode ſoll ſie an den B. abgetreten werden, nach deſſen Abſterben ſoll ſie C. bekommen u. ſ. w. Dieſe Art der Erbeseinſetzung wird zuweilen, z. E. in der L. 57. §. fin. D. ad SC. Trebell. auch eine Subſtitution genennt, nemlich *fideicommiſſaria*. Allein in eigentlichem und ſtrengem Verſtande iſt ſie keine Subſtitution. (*[1]) (Man ſehe die 32. Tabelle.)

(1) *Hunn.* reſolut. lib. 2. tract. 6. qu. 3. pag. 451. *Vinn.* ad pr. I. h. t. n. 2.

§. 496. Was iſt die Subſtitution?

Die Subſtitution in eigentlichem Verſtande iſt alſo die Einſetzung eines zweyten Erben, auf den Fall, wann der erſte wegfallen wird; eines **dritten** auf den Fall, wann der zweyte wegfällt; eines **vierten** auf den Fall, daß der dritte wegfällt u. ſ. w. (*[1]) Sie ſetzt daher nothwendig wenigſtens zwey **Erben** voraus, einen **zweyten**, der nach dem **erſten** eingeſetzt iſt; oder, wie man es auch ſonſt ausdrückt, wer ſubſtituirt, der macht **Grade** in der Erbeseinſetzung.

(1) Die Einwürfe gegen dieſe Definition widerlegt *Hunn.* in reſolut. pag. 449. Qu. 2.

§. 497. Gattungen derſelben.

Bey der Subſtitution nimmt man entweder Rückſicht auf die **Perſon**, welche ſubſtituirt; oder man denkt ſich den **Fall**, auf welchen ſubſtituirt **wird**. In Rückſicht auf die Perſon des Teſtators iſt die Subſtitution entweder eine **militariſche**, oder **nicht militariſche**. Von der militariſchen handelt §. 512. von der nicht militariſchen handeln die §§. 499 - 511. In Abſicht des Subſtitutionsfalles aber iſt die Subſtitution dreyerley, entweder die **gemeine**, oder die **pupillariſche**, oder die **quaſipupillariſche**. (*[1])

(1) *Arn. Rotgerſii* diatr. ad L. 8. C. de impub. et al. ſubſtit. ſ. de quatuor ſpeciebus ſubſtitutionum, in apodicticis demonſtrat. ad illuſtr. ius rom. lib. 2. pag. 708. ſqq.

§. 498. Fortſetzung.

Die gemeine (ſubſtitutio vulgaris) geſchieht auf den Fall, wann der erſte Erbe gar nicht Erbe wird; weil er entweder nicht Erbe werden kann, oder die Erbſchaft ausſchlägt. Es kann nemlich geſchehen, daß der, den ich zum Erben ernenne, noch vor mir ſtirbt, oder unfähig wird, Erbſchaften zu acquiriren; z. E. er verläßt das Chriſtenthum und wird ein Jude. (§. 486.) Wann ich alſo einen Erben allein einſetze: ſo wage ich, daß mein Teſtament nicht bey Kräften bleibt, ſondern unwirkſam (deſtitutum) wird. Um dieſen Fall zu verhüten, kann ich ſagen: A ſoll mein Erbe ſeyn; geſetzt aber, daß er mein Erbe nicht werden könnte, ſo ſoll es B. ſeyn. Oder ich fürchte, der eingeſetzte Erbe wird ſich weigern, meine Erbſchaft anzutreten; weil ſie ihm etwa zu unbeträchtlich iſt, oder weil er ſie meinen Inteſtaterben nicht entziehen will, u. d. gl. Auch in dieſem Fall kann ich mir durch eine Subſtitution helfen, und ſagen: A. ſoll mein Erbe ſeyn; im Fall er aber Bedenken trägt, es zu werden, ſo ſetze ich den B. ein.

Die pupillariſche Subſtitution geſchieht auf den Fall, wann mein unmündiges Kind in der Unmündigkeit ſterben wird. Ich hinterlaſſe ein unmündiges Kind; fürchte, es möchte ſterben, ehe es mündig wird, folglich eher als es ein Teſtament machen kann; mein oder ſein Vermögen werde alſo an die Inteſtaterben kommen, denen ich es nicht gönne. In dieſem Fall kann ich dem Kinde pupillariſch ſubſtituiren, das heiſt, verordnen, wer deſſen Erbe ſeyn ſoll, wann es in der Unmündigkeit ſterben wird.

Endlich die quaſipupillariſche Subſtitution ſetzt zum voraus, daß jemand blödſinnige Kinder hat. Er fürchtet, ſie möchten in der Blödſinnigkeit ſterben, und daher auſſer Stande ſeyn, ein Teſtament zu machen. Damit das Vermögen nicht auf Verwandte falle, die deſſen unwürdig ſind, macht er eine Verordnung: mein blödſinniges Kind ſoll mein Erbe ſeyn; wird es in dem Zuſtande der Blödſinnigkeit verſterben, ſo ſoll A. deſſen Erbe ſeyn. Und dieſes iſt die quaſipupillariſche oder Juſtinianeiſche Subſtitution.

§. 499. Wer kann vulgariter ſubſtituiren?

Die gemeine Subſtitution alſo geſchieht auf den Fall, wann der eingeſetzte erſte Erbe gar nicht Erbe werden ſollte. Jeder Teſtator kann jedem Erben auf dieſe Weiſe ſubſtituiren, und daher heiſt ſie auch die gemeine Subſtitution. Bey der pupillariſchen iſt dieß anders, wie wir im folgenden Titel hören werden. Nicht jeder Teſtator kann ſie vornehmen, nur der Vater kann ſeinem unmündigen Kinde pupillariſch ſubſtituiren. Auch die quaſipupillariſche

lariſche kann nicht jeder Erblaſſer vornehmen. Die Eltern allein können den blödſinnigen Kindern auf dieſe Weiſe ſubſtituiren.

§. 500. Doppelter Fall dieſer Subſtitution.

Der Fall der gemeinen Subſtitution: wann der eingeſetzte Erbe nicht Erbe wird, faßt wieder zwey beſondere Fälle in ſich, a) wann er nicht Erbe ſeyn will, die Erbſchaft ausſchlägt; b) wann er nicht Erbe ſeyn kann. (* 1)

Den erſten Fall heiſt man *caſum noluntatis*, den letzten *caſum impotentiae*. Wer ſich alſo kurz und doch richtig ausdrücken will, muß ſagen; A. ſoll mein Erbe ſeyn, wird er aber nicht Erbe werden: ſo ſoll es B. ſeyn. Geſetzt aber, der Teſtirer ſubſtituirt nur auf den caſum noluntatis, oder nur auf den caſum impotentiae. Hier gilt die Regel: der Fall des Nichtwollens begreiſt den Fall des Nichtkönnens in ſich, und umgekehrt; (caſus noluntatis ſub ſe complectitur caſum impotentiae, et caſus impotentiae complectitur caſum noluntatis.) Man denke alſo den Fall: der Teſtirer hat geſagt:

A. ſoll mein Erbe ſeyn.

Will er meine Erbſchaft nicht antreten: ſo ſoll ſie B. haben.

Nun ſtirbt aber A. noch vor dem Teſtator, er kann alſo deſſen Erbe nicht ſeyn. Bekommt der Subſtitut B. die Erbſchaft? Allerdings. Dann obgleich nur der Fall des Nichtwollens ausgedrückt iſt: ſo iſt doch der Fall des Nichtkönnens ſtillſchweigends darunter begriffen. Ein gleiches hat ſtatt, wann der Teſtator nur den Fall des Nichtkönnens ausdrückt, und der Erbe die Erbſchaft wohl antreten könnte, aber nicht will. Dann auch in dieſem Fall wird der Subſtitut dazu gelaſſen. (* 2)

(1) *Reinharth* ad *Chriſtin.* vol. 4. obſ. 25.

(2) Dieſer Satz: der Fall des Nichtwollens iſt unter dem Fall des Nichtkönnens begriffen, und umgekehrt, iſt zwar nicht auſſer Zweifel; dann *Buchov* ad *Treutler* Vol. 2. Diſp. 11. th. 6. lit. A. *Fachineus* in controverſ. Lib. 4. Cap. 61. *Vinnius* ad pr. I. h. t. n. 3. und andere verwerfen ihn. Es iſt auch freylich wahr, daß man kein ausdrückliches Geſetz dafür anführen kann. Allein es iſt doch dem vermuthlichen Willen des Teſtators gemäß, daß man ſeine Worte ausdehnend erkläre. Auch verordnet L. 4. pr. et §. ſeqq. D. de vulg. et pup. ſubſt. daß die Pupillarſubſtitution die vulgarem ſtillſchweigends und implicite in ſich faſſen ſoll. Daraus läßt ſich der analogiſche Schluß machen, daß der caſus noluntatis den caſum impotentiae ebenfalls in ſich begreife. Wenigſtens iſt unſre Meynung in der Praxis angenommen. Man ſehe *Fuſar.* in tract. de ſubſtit. Part. 1. Quaeſt. 30. *Struv.* ex. 33. th. 13. *Hahn* ad *Weſenbec.*

ſenbec. tit. de vulg. et pup. ſubſt. n 4. *Voet.* eod. tit. n. 12. *Berger* reſolut. eod. tit. Quaeſt. 1. *Cocceji* iur. contr. eod. tit. Quaeſt. 5 *Stryk* de cautel. teſt. cap. 18. §. 9. *Walch* controverſ. p. 176. *Puſendorf* Tom. 2. obſ. 98.

§. 501. Wer kann ſubſtituirt werden?

Die Subſtitution iſt die Einſetzung eines zweyten Erben; alſo eine Erbeseinſetzung. Daraus folgt 1) wer zum erſten Erben eingeſetzt werden kann, der kann auch ſubſtituirt werden, und die Perſonen, welche man als erſte Erben nicht einſetzen kann, (ſie ſind im vorigen Titel §. 486. und 487. beſchrieben), die kann man auch nicht ſubſtituiren. 2) Mehrere können an die Stelle eines einzigen ſubſtituirt werden; z. E.

A. ſoll mein Erbe ſeyn.
Will oder kann er es aber nicht werden, ſo ſoll es B. und C. ſeyn.

Aber auch Einer an die Stelle von mehreren; z. E.

A. und B. ſöllen mich erben.
Wann aber keiner von ihnen mich erben kann oder will: ſo ſoll C. ſubſtituirt ſeyn;

und mehrere einzelne an die Stelle von mehreren einzelnen, (ſinguli in locum ſingulorum) z. E.

A. und B. ſollen meine Erben ſeyn.
Sollte aber einer oder der andere nicht wollen, oder nicht können mein Erbe ſeyn: ſo ſubſtituire ich dem A. den D. und dem B. den E.

3) Auch die Miterben können einander wechſelsweiſe ſubſtituirt werden, z. E.

A. B. C. ſollen meine Erben ſeyn.
Sollte einer oder der andere nicht wollen oder nicht können meine Erbſchaft annehmen; ſo ſollen ihm die übrigen ſubſtituirt ſeyn.

Dies heiſt ſubſtitutio reciproca oder mutua. Einige nennen ſie auch breviloquam, weil ſie kurz (brevi locutione) alſo ausgedrückt werden kann:

A. B. C. heredes ſunto.
Eosque ſibi invicem ſubſtituo.

Sie iſt aber keine eigene und beſondere vierte Gattung von Subſtitution, wie einige glauben; ſondern eine gemeine, (ſubſtitutio vulgaris); und zwar eine Untergattung derſelben. (* 1)

(1) *Giphanii* Explanatio difficilior. LL. cod. tit. de impub. et al. ſubſtit. pag. 57.

§. 502.

§. 502. **Wie viel bekommt der Subſtitut? Er muß den Fall der Subſtitution erleben.**

Der zweyte Erbe wird an die Stelle des erſten ſubſtituirt. Daraus folgt 4) daß der zweyte denſelben Erbtheil bekommt, den der erſte würde erhalten haben; wofern nemlich der Teſtator nicht ein anders verordnet. Z. E. es heiſt:

A. und B. ſollen meine Erben ſeyn.
A. auf zwey Drittheil, B. auf ein Drittheil.
Dem A. ſubſtituire ich den C.
Dem B. aber den D.

Wann in dieſem Falle A. nicht Erbe wird: ſo fallen deſſen $\frac{2}{3}$ auf den C. und wenn B. wegfällt, ſo kommt ſein $\frac{1}{3}$ auf den D. 5) Der Subſtitut muß den Fall erleben, auf den er ſubſtituirt iſt. Wann er alſo ſtirbt, während der Zeit, als der erſte Erbe deliberirt, ob er die Erbſchaft antreten ſoll: ſo iſt die Subſtitution erloſchen: z. E. es heiſt in dem Teſtament: A. ſoll mein Univerſalerbe ſeyn. Geſetzt aber, er will oder er kann es nicht werden: ſo ſoll mich B. erben. A. iſt zweifelhaft, ob er die Erbſchaft annehmen ſoll, oder nicht. Er bittet alſo um Deliberationsfriſt. Während derſelben ſtirbt B. Nach ſeinem Tode ſchlägt A. die Erbſchaft aus. Können jetzt die Erben des B. Anſpruch daran machen? Nein; dann ihr Erblaſſer hat den Fall, auf den er ſubſtituirt war, (**wann A. nicht Erbe ſeyn will**), nicht erlebt. Die Subſtitution erliſcht aber auch, ſobald der erſte Erbe die Erbſchaft antritt. Denn nun iſt der Fall der Subſtitution nicht vorhanden. Der Subſtitut ſoll nur alsdann zur Erbſchaft gelangen, wann der erſte Erbe **nicht Erbe werden wird.** Dieſer iſt aber nun Erbe geworden; folglich hat die Subſtitution ein Ende.

§. 503. **Von der Regel:** Subſtitutus ſubſtituto ſubſtitutus eſt inſtituto.

Die Subſtitutionen ſind zu dem Ende erfunden, daß die Teſtamente nicht aus Mangel eines Erben zu Grunde gehen ſollen. Daraus ſchließt dann unſer Autor den Satz: wer dem Subſtituten ſubſtituirt iſt, der iſt auch dem Inſtituten (dem erſten Erben) ſubſtituirt. Z. E. es heiſt:

A. ſoll mein Erbe ſeyn.
Wann er nicht Erbe ſeyn kann oder will, ſoll es B. ſeyn.
Und wann es B. auch nicht ſeyn will, oder nicht ſeyn kann: ſo ſoll es C. ſeyn.

A. iſt alſo inſtitutus, B. iſt ſubſtitutus inſtituto, C. iſt ſubſtitutus ſubſtituto; eben darum aber iſt er auch ein ſubſtitutus inſtituti, des A. nemlich. Dieſer Satz ſcheint ſteril, allein er hat practiſche Folgen, die unter andern Vinnius, Cocceji und Huber zeigen. (* 1)

Man denke ſich z. E. folgenden Fall:

Die Erben ſind — — A. B. und C. jeder zu $\frac{1}{3}$
Dem A. iſt ſubſtituiret: B.
Dem B. iſt ſubſtituiret: D.

Alſo A. iſt inſtitutus, B. iſt ſubſtitutus, D. aber ſubſtitutus ſubſtituto. Nun nehme man an, A. und B. fallen weg, können oder wollen nicht Erben ſeyn. Jetzt bekommt D. $\frac{2}{3}$ der Erbſchaft. Nemlich er bekommt $\frac{1}{3}$, weil er ein Subſtitut des B. iſt, und dieſer auf $\frac{1}{3}$ eingeſetzt war. Weil aber D. zugleich ein Subſtitut des A. iſt, (nam ſubſtitutus ſubſtituto, etiam eſt ſubſtitutus inſtituto), ſo bekommt er auch das $\frac{1}{3}$, welches dem A. beſtimmt war.

(1) *Vinnius* ad §. 3. I. h. t. *Cocceji* ius controv. tit. de vulg. et pup. ſubſtit. Qu. 2. *Huber* in praelect. h. t. n. 2.

TIT. XVI.

De pupillari ſubſtitutione.

§. 504. Was iſt die pupillariſche Subſtitution?

Die pupillariſche Subſtitution iſt eine Erbeseinſetzung, welche der Vater im Namen und ſtatt ſeines unmündigen Kindes vornimmt, auf den Fall, wann es unmündig ſterben wird. Sie iſt zuweilen eine wahre Subſtitution, zuweilen nur zum Theil, zuweilen gar nicht. Ich ſage, ſie iſt zuweilen eine wirkliche Subſtitution, in dem Fall nemlich, wann der Vater das unmündige Kind zum Erben ernennt, und dieſes kein eignes Vermögen (peculium) hat. Sie iſt zuweilen nur zum Theil, (reſpective) eine Subſtitution, wann der Vater das Kind zwar zum Erben ernennt, aber dieſes auch eignes Vermögen beſitzt. Z. E. das unmündige Kind hat 5000 Rthlr. mütterliches, vom Vater erbt es 10000 Rthlr. Wann ihm der Vater den A. pupillariſch ſubſtituirt; ſo iſt ſeine Verordnung nur in Anſehung der 10000

Rthlr.

Rthlr. väterlichen Vermögens eine wahre Subſtitution; dann das Kind iſt der erſte Erbe von dieſem Vermögen, der A. aber zweyter oder Nacherbe. Hingegen in Rückſicht auf die 5000 Rthlr. mütterliches Vermögen iſt es keine Subſtitution; weil das Kind in Anſehung dieſer nicht Erbe des Vaters, alſo der A. kein Nacherbe iſt. Endlich iſt aber auch die pupillariſche Subſtitution zuweilen gar keine Subſtitution; in dem Falle nemlich, wann das unmündige Kind vom Vater nichts erbt, aber eignes Vermögen hat, und ihm nur für dieſes pupillariſch ſubſtituirt wird. Dann jezt fehlt es an einem zweyten oder Nacherben völlig. (* 1)

(1) Anderer Meynung ſind, *Reuter* diſſ. de ſubſtitut. reciproca §. 1. not. und *Georg. Sam. Madihn.* diatr. viciſſitudines ſubſtitutionis impuberum complexa §. 81. Sie glauben, die Pupillarſubſtitution ſey auch in dem Fall, wann der unmündige enterbt wird, eine wahre Subſtitution. Aber ihre Gründe beweiſen nur, daß ihre Definition der Subſtitution, und nicht daß die Begriffe der römiſchen Juriſten von dieſer Handlung auf die pupillariſche Subſtitution ohne Unterſchied paſſen Schon das Wort ſubſtituere bringt es mit ſich, daß man einen Erben an die Stelle des andern Erben ſetzt. Wo alſo dieſes nicht geſchieht, da iſt keine Subſtitution.

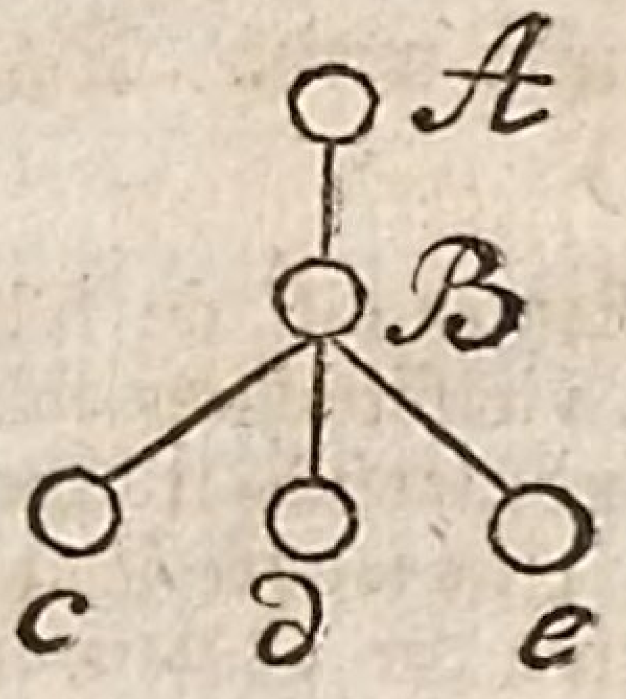
§. 505. Grundſätze derſelben.

Bey der Pupillarſubſtitution ſind folgende Grundſätze zu bemerken: 1) das Fundament dieſer Subſtitution iſt die väterliche Gewalt 2) Die Urſache aber, warum die Geſetze dem Vater das Recht pupillariſch zu ſubſtituiren gegeben haben, liegt in der **Unmündigkeit**, welche nicht erlaubt zu teſtiren. Könnte das unmündige Kind ſelbſt teſtiren: ſo brauchte der Vater kein Teſtament in deſſen Namen, und ſtatt ſeiner zu machen. 3) Dieſe Subſtitution enthält ein doppeltes Teſtament, zwar nicht in Anſehung der äuſſerlichen Solennitäten; es ſind nicht mehr Solennitäten, als bey einem andern einfachen Teſtamente nöthig; aber doch in Anſehung der Erbeseinſetzung; dann der Vater ernennt a) ſich ſelbſt, und b) dem unmündigen Kinde einen Erben.

§. 506. Vom Grund der Pupillarſubſtitution.

Der Grund der Pupillarſubſtitution iſt die **väterliche Gewalt**. Daher kann nur der Vater, und nicht die Mutter auf dieſe Weiſe ſubſtituiren. (*1) (§. 99. 104.) 2) Der Vater kann nur den Kindern pupillariſch ſubſtituiren, die noch in ſeiner Gewalt ſind, (ſuis); nicht denen, welche durch Emancipation oder auf andere Art davon frey geworden ſind. Das iſt gleichgültig, ob die Kinder zur Zeit des Teſtaments ſchon geboren ſind, oder erſt nachher geboren werden; man kann auch den poſthumis pupillariſch ſubſtituiren. Sie

werden vermöge einer Rechtsfiction angeſehen, als ob ſie ſchon geboren, und in des Teſtators Gewalt wären. 3) Auch den Enkeln kann der Grosvater ſubſtituiren, die in ſeiner Gewalt ſind, (* 2) wofern ſie nur nicht nach des Grosvaters Tod in des Vaters Gewalt fallen; dann in dieſem Fall kann ihnen der Grosvater nicht ſubſtituiren. Z. E.



Man nehme an A habe ſeinen Sohn B, und ſeine Enkel c d e in der väterlichen Gewalt, und mache ein Teſtament. Kann er wohl den Enkeln pupillariſch ſubſtituiren? Nein; dann nach ſeinem Tode fallen ſie in ihres Vaters B Gewalt. Dieſer alſo kann und wird ihnen ihr Teſtament machen, wann ers nöthig findet. Geſetzt aber, der Vater B. wäre vor dem Grosvater A geſtorben. Jetzt kann A ſeinen Enkeln pupillariſch ſubſtituiren.

Unſer Autor aber ſetzt als eine Ausnahme zu; niſi ex formula legis Iuniae Velleiae. Dieſe Formel heiſt: filius meus heres eſto; ſi vero me vivo ſuus heres eſſe deſinit, nepos ex eo mihi heres eſto; et ſi hic ante pubertatem deceſſerit, Pomponius ipſi ſubſtitutus eſto. In dem gegebenen Fall würde A alſo ſagen müſſen: Mein Sohn B ſoll mein Erbe ſeyn. Wird er bey meinen Lebzeiten aus der väterlichen Gewalt gehen, die Enkel c d e aber darinn bleiben, ſo ſollen dieſe meine Erben ſeyn; und wann ſie in der Unmündigkeit ſterben, ſoll ihnen X ſubſtituirt ſeyn.

4) Auch den enterbten Kindern kann der Vater pupillariſch ſubſtituiren; dann die Enterbung hebt die väterliche Gewalt nicht auf. (§. 154.) Der Fall wird zwar nicht leicht vorkommen; dann welcher Vater wird auf die Gedanken kommen, ein unmündiges Kind zu enterben, er müßte es dann bona mente thun. Indeſſen iſt es doch möglich. Nur kann der Vater alsdann dem Subſtituten des enterbten Kindes keine Vermächtniſſe zu bezahlen auflegen. Der Grund davon ſteht in der Note: weil man niemanden oneriren, mit Vermächtniſſen beſchweren ſoll, den man nicht honoriret, d. i. dem man nichts hinterlaſſen hat.

5) Die Pupillarſubſtitution erliſcht, wann das unmündige Kind emancipirt, oder auf andere Art bey Lebzeiten des Vaters von deſſen Gewalt frey wird. Dann die Geſetze erfordern, daß wann die ſubſtitutio pupillaris gelten ſoll, das unmündige Kind ſowohl zu der Zeit, da das Teſtament gemacht wird, als zu der Zeit, da der Teſtator ſtirbt, in deſſen Gewalt ſey. (* 3) Endlich geht auch dieſe Subſtitution zu Grunde, wann das unmündige Kind nach des Vaters Tod arrogirt wird. Indeſſen ſchadet dies dem ſubſtituto nichts. Dann der arrogator eines Unmündigen muß, wie wir oben im Titel de adopt. gehört haben, (§. 145.) Caution ſtellen, daß er, im Fall das Kind unmündig ſtirbt, deſſen Vermögen rechtmäßigen Erben herausgeben wolle. Dergleichen aber iſt der Subſtitut. Dieſer alſo, wie Bachov ſagt, bona, quae ſummo iure non poterat, iure cautionis conſequitur. (* 4)

(1) *Cocceji* ius controverſ. h. t. Qu. 10. *Struv.* Ex. 33. th. 23. *Berger* reſolut. h. t. Qu. 2. *Wernher* Tom. 1. P. 5. obſ. 157. p. 1070. *Stockmann* diſſ. ad L. 33. D. h. t. Lipſ. 1779. Der mütterliche Grosvater kann gar nicht pupillariter ſubſtituiren. *Georg Dav. Richerz* diſſ. variae quaeſtiones circa teſtam. avi materni. Giſſ. 1775. §. 7.

(2) Wie aber, wann ein Sohn durch Anſtellung eigner Oeconomie aus der väterlichen Gewalt gegangen, geſtorben iſt, und Kinder hinterlaſſen hat: kann dieſen den Grosvater pupillariſch ſubſtituiren? Eine in unſern Tagen berühmt gewordene Streitfrage, als ſich der Fall im Hannövriſchen zutrug. Juſt. **Henning Böhmer** ſchrieb damals ſeine Diſſertation de ſtatu liberorum ſui iuris factorum per ſeparationem vel nuptias, und behauptete, die Subſtitution ſey gültig. Aber **Grupen** widerlegte deſſen Gründe in ſ. Diſceptat. forenſ. S. 208. u. f. f. weitläuftig. **Georg Ludw. Böhmer** ſuchte ſeinen Vater in der Vorrede zum Tom. 1. Exercit. ad Pand. zu vertheidigen. Der Proceß kam an das Oberappellationsgericht zu Celle, und die Subſtitution wurde für ungültig erklärt. M. ſ. *Puſend.* Tom. 3. obſ. 1. Ich glaube mit Recht; dann die väterliche Gewalt wird durch die Anſtellung eigner Oeconomie aufgehoben; folglich hören auch ihre Wirkungen auf, inſonderheit das Recht pupillariſch zu ſubſtituiren. *Reinharth* ad *Chriſtin.* Vol. 4. obſ. 27.

(3) *Hunn* in reſolut. pag. 461. Qu. 11.

(4) *Bachov* ad *Treutler.* Vol. 2. Diſp. 11. theſ. 8. lit. D. theſ. 9. lit. F. *Idem* ad prota Pand. tit. de adopt. p. 212. n. 12. *Martini* tract. de ſubſtitut. pupillari. cap. 5. §. 9. ibique cit. Wenn übrigens *Denecken* diſſ. de ſucceſſione ex pupillari ſubſtitut. § 16. in dem fünften Satz dieſes Paragraphs einen ſchändlichen Fehler glaubt gefunden zu haben, ſo iſt ſeine Anmerkung eigentlich ſelbſt ein ſchändlicher Fehler.

§. 507. Auf wie lange kann man pupillariſch ſubſtituiren?

Die Urſache, warum die Geſetzgeber dem Vater das Recht pupillariſch

zu ſubſtituiren ertheilt haben, liegt in der Unmündigkeit, und dem daraus entſpringenden Hinderniß ein Teſtament zu machen. Daraus folgt 6) daß man den Kindern nicht über die Jahre der Unmündigkeit, das heiſt, Söhnen nicht länger als bis in das 14te, Töchtern nur bis in das 12te Jahr ſubſtituiren kann. Auf kürzere Zeit ihnen zu ſubſtituiren, iſt erlaubt. Geſetzt alſo, der Vater ſagt, mein Sohn ſoll mein Erbe ſeyn, wird er aber vor dem 25ten Jahre ſterben: ſo ſubſtituire ich den A. Dieſe Verordnung iſt ungültig, ſie gilt nämlich nur bis zu den Jahren der Mündigkeit. Denn 7) ſobald das Kind, dem ich pupillariſch ſubſtituire, dieſe Jahre erreicht, ſo iſt die Subſtitution erloſchen. Habe ich auf kürzere Zeit ſubſtituirt, z. E. nur bis in das zehende Jahr, ſo erliſcht die Subſtitution ſchon in dieſem Jahre.

§. 508. Iſt ein Teſtament, worin pupillariſch ſubſtituirt wird, ein doppeltes?

Die alten Juriſten ſtritten, ob ein Teſtament, das eine pupillariſche Subſtitution enthält, als ein einfaches oder als ein doppeltes angeſehen werden müſſe? Juſtinian ergriff einen Mittelweg. Er ſagt, es iſt in gewiſſer Rückſicht ein einfaches, und in anderer Rückſicht ein doppeltes Teſtament. Ein doppeltes; dann es wird darin über zwey Erbſchaften diſponirt, über des Vaters und über des Kindes ſeine. Daher muß man a) ſowohl des einen als des andern Tod abwarten, und es ſind zwey Erbantretungen nöthig. b) Es iſt nicht erforderlich, daß über des Vaters, und über des Kindes Verlaſſenſchaft zu Einer Zeit (uno contextu) diſponirt werde; c) das eine Teſtament kann mündlich, das andere ſchriftlich gemacht werden. Aber es iſt auch ein einfaches Teſtament; dann a) es iſt nur Ein Teſtator da; b) es ſind nur ſieben Zeugen nöthig; c) nur Eine Falcidia wird abgezogen. (*1) Will 8) der Vater ordentlich zu Werke gehen: ſo muß er zuerſt ſich, und alsdann dem unmündigen Kinde einen Erben ernennen. Geſchieht indeſſen beydes in demſelben actu: ſo ſchadet es nichts, wenn auch die Ordnung umgekehrt wird.

9) Wann der Fall der pupillariſchen Subſtitution exiſtirt, das heiſt, wann das Kind unmündig ſtirbt: ſo bekommt der Subſtitut nicht nur das väterliche, ſondern auch des Kindes eignes Vermögen, und geht allen Verwandten, ſelbſt der Mutter vor. Aber kann denn dieſe nicht wenigſtens den Pflichttheil fordern? Einige Juriſten (*2) ſagen mit unſerm Autor ja. Dann der Vater mache das Teſtament im Namen des Kindes, und dieſes ſey ſeiner Mutter den Pflichttheil ſchuldig. Allein L. 8. §. 5. D. de inoff. teſtam. ſagt das Gegentheil ganz deutlich. Daher behaupten auch die bewährteſten Juriſten. (*3)

daß

daß man die Vorſchrift dieſes Geſetzes befolgen, und ſich durch keine weit hergeholte Argumente irre machen laſſen müſſe.

10) Wann das Teſtament des Vaters nicht gilt: ſo gilt auch die darin enthaltene Pupillarſubſtitution nicht. Ein einziger Fall iſt ausgenommen; wann das väterliche Teſtament als inofficioſum aufgehoben wird. Der Vater hat ſein unmündiges Kind ohne gegründete Urſache enterbt, und ihm pupillariſch ſubſtituirt. Es ſtellt alſo gegen das Teſtament querelam inofficioſi an, und ſtößt es um. Hier bleibt die pupillariſche Subſtitution bey Kräften. Dann, wie wir im Titel de querela inofficioſi hören werden, wirft dieſe Klage blos die Erbeseinſetzung um, alle andere Verordnungen des Teſtaments läßt ſie gültig.

(1) *Madihn* am a. O. §. 21. iſt anderer Meynung, und glaubt, das Teſtament welches eine Pupillarſubſtitution enthält, ſey in allem Betracht nur Ein Teſtament.

(2) Z. E. *Finkelth.* obſ. 29. n. 17. ſqq. *Harpprecht* ad I. h. t. n. 47. *Brunnemann* ad L. 8. §. 5. D. de inoff. teſtam.

(3) *Carpzov.* P. 3. C. 8. D. 1. *Hartm. Piſtor* obſ. 30. *Merenda* controv. Lib. 3. Cap. 40. *Ant. Faber* conject. Lib. 15. Cap. 9. *Franzk.* Exerc. 6. Qu. 7. *Stryk* de caut. teſtam. cap. 18. membr. 2. §. 16. Deciſ. Caſſell. Tom. 1. Deciſ. 66. *Heisler* Diſſ. de pupillariter ſubſtituto matrem excludente. *Madihn* tr. de ſubſtit. pup. §. 23.

§. 509. Von der ſubſtitutione quaſipupillari.

Die dritte Gattung der Subſtitution iſt die *quaſi pupillaris*; oder *exemplaris*, oder *Iuſtinianea.* Quaſi pupillaris heiſt ſie, weil ſie der pupillariſchen ähnlich; exemplaris, weil ſie nach dem Exempel jener erfunden, und Iuſtinianea, weil ſie vom Juſtinian allgemein eingeführt worden iſt; denn vorher mußte jeder, der auf dieſe Weiſe ſubſtituiren wollte, bey dem Landesherrn um Diſpenſation bitten. Sie ſetzt voraus, daß Eltern ein blödſinniges Kind haben, und befürchten, es möge in dieſer Blödſinnigkeit ſterben, daß ſie ihm alſo auf dieſen Fall einen Erben ernennen. Der Grund, welcher den Geſetzgeber zu dieſer Verordnung bewog, iſt, wie er in der L. 9. C. de impub. et al. ſubſtit. ſagt, *humanitas.* Es iſt billig, daß man den Eltern erlaube, den Blödſinnigen Kindern einen Erben zu ernennen, weil die Blödſinnige ſelbſt auſſer Stand dazu ſind.

§. 510. Grundſätze bey dieſer Subſtitution.

Alſo die väterliche Gewalt iſt nicht der Grund der quaſipupillariſchen Subſtitution. Daher können 1) alle Aſcendenten auf dieſe Weiſe ſubſtituiren.

2) Sie

2) Sie müſſen aber, wie einige behaupten, das blödſinnige Kind wenigſtens auf den Pflichttheil, zum Erben einſetzen. Denn wann ſie es enterbten: ſo würden ſie zeigen, daß ſie keine Liebe für daſſelbe hätten, gleichwohl ſey die elterliche Liebe das Fundament dieſer Subſtitution. (*1) 3) Sie dürfen nicht einſetzen, wen ſie wollen, ſondern a) wann der Blödſinnige Kinder hat: ſo müſſen dieſe vor allen andern eingeſetzt werden. b) Sind keine Kinder da, ſo müſſen des blödſinnigen Eltern und Geſchwiſter eingeſetzt werden. Ich ſage die Eltern; z. E. wann der Vater quaſi pupillariſch ſubſtituirt: ſo muß er die Mutter auf den Pflichttheil einſetzen, und umgekehrt.

(1) Dieſe Meynung vertheidigen z E. *Hunnius* in reſolut. p. 472. Qu. 22. *Vinn.* ad §. 1. I. h. t. *Cocceji* iur. controv. h. t. Qu. 22. *Walch* controv. pag. 187. Aber das Gegentheil, daß man auch einem enterbten blödſinnigen Kinde exemplariſch ſubſtituiren könne, behaupten, wie ich glaube, mit Grund *Stryk* de cautel. teſtam. Cap. 18. membr. 3. §. 15. *Toullieu* in Diſſ. utrum filio exheredato poſſit exemplariter ſubſtitui, in collectan. n. 14. p. 366. Denn man kann nicht beweiſen, daß die elterliche Liebe das Fundament der exemplariſchen Subſtitution ſey. Uebrigens behauptet *Bachov.* Vol. 1. diſp. 11. th. 11. und *Toullieu* am a. O. man könne ein blödſinniges Kind nicht anders als *bona mente* enterben; eine Meynung der ich keinen Beyfall geben kann.

§. 511. Fortſetzung.

Welchen Kindern kann quaſi pupillariter ſubſtituirt werden? Das Geſetz nennt nur die Blödſinnigen Daher behaupten auch viele Rechtsgelehrte, daß nur dieſen ſubſtituirt werden könne. (* 1) Aber in der Praxis dehnt man das Geſetz auch auf die gerichtlich erklärte Verſchwender und Taubſtumme aus, weil jene gar nicht, dieſe zuweilen nicht teſtiren können, und daher die Raiſon des Geſetzes auf ſie eben ſo gut paßt, als auf die Blödſinnigen. (* 2) Weil aber der Grund dieſer Subſtitution darin liegt, das dieſe Perſonen nicht teſtiren können: ſo hört die Wirkung der Subſtitution auf, ſobald das Impediment der Teſtamentsverfertigung gehoben iſt; das heiſt, wann der Blödſinnige wieder den Gebrauch ſeiner Vernunft erhält, (* 3) dem Verſchwender die Verwaltung ſeines Vermögens wieder gegeben wird, der Taubſtumme ſeine Gedanken zu erkennen geben lernet.

(1) *Hunnius* in reſolut. pag. 474. *Perez* ad Cod. tit. de impub. et al. ſubſt. n. 36. *Giphan.* explanat. difficil. LL. cod. eod. tit. pag. 60. *Huber* praelect. h. t. n. 5. *Madhin* viciſſ. ſubſt. exemplaris. §. 11. *Zepernick* ad *Beck* de Nov. Leon. pag. 133.

(2) *Voet.* h. t. n. 6. *Stryk* caut teſtam. Cap. 1. membr. 3. §. 13. 14. *Struv.* ex 33. th. 36. ibique *Muller.* *Vinn.* ad §. 1. h. t. *Lauterb.* coll. th. pr. h. t. §. 42. *Rotgerſius* l. c. (§. 497.) pag. 718. ſqq.

(3) Daher kann auch den Blödſinnigen welche Zwiſchenzeiten haben nicht exemplariſch ſubſtituirt werden. *Huber* l. c.

§. 512. Von der militariſchen Subſtitution.

Gleichwie der Soldat überhaupt an die Regeln nicht gebunden iſt, die ein paganus bey ſeinem Teſtament beobachten muß: ſo iſt er auch inſonderheit nicht ſchuldig, die Regeln der Subſtitution zu befolgen. Uebrigens ſind ſeine Subſtitutionen, ſo wie bey den paganis, entweder vulgares, oder pupillares, oder quaſi pupillares; und man kann daher nicht ſagen, wie viele thun, es gebe vier Gattungen der Subſtitution: vulgarem, pupillarem, quaſi pupillarem und militarem. Die Privilegien des Soldaten in dieſer Materie ſind: 1) daß er ſeinen Kindern über die Jahre der Pubertät ſubſtituiren kann; z. E. ſagen kann: mein Sohn ſoll mein Erbe ſeyn, wird er aber vor dem 25ten Jahre ſterben: ſo ſoll ihm A. ſubſtituirt ſeyn. 2) Er kann auch einem fremden Erben auf den Fall directe ſubſtituiren, wann er Erbe werden wird. Der paganus kann einem fremden Erben nur auf den Fall ſubſtituiren, wann er nicht Erbe ſeyn will oder kann. Der Soldat kann z. E. ſagen: A. ſoll mein Erbe ſeyn, aber nur auf zehen Jahre lang, hingegen nachher ſoll ihm B. ſubſtituirt ſeyn. Bey einem pagano würde dieſe Verordnung nicht als eine ſubſtitutio directa, ſondern nur als ein Fideicommiß gelten können, in ſofern die Abſicht des Teſtators, daß ſie als ein Fideicommiß gelten ſolle, (animus fideicommittendi) aus der Diſpoſition erſichtlich wäre. (*1) Hingegen bey einem Soldat gilt ſie als eine directe Subſtitution, und dieſe iſt von einem Fideicommiß ſehr verſchieden. (*2) Indeſſen kann freylich der Soldat nur in Anſehung des Vermögens ſubſtituiren, das ſein Erbe von ihm (dem Soldaten) erbt; nicht in Anſehung desjenigen, welches der Erbe ſchon zuvor beſeſſen hat.

(1) *Struv.* Ex. 33. th. 40.

(2) Wann nemlich ein paganus dieſe Verordnung macht, ſo würde zwar A. nach Verlauf der zehen Jahre die Erbſchaft an den B. abtreten müſſen, aber doch die Trebellianiſche Quart abziehen können. (§. 614.)

TIT. XVII.

Quibus modis teſtamenta infirmantur.

§. 513. Mancherley Arten von ungültigen Teſtamenten.

Aus mancherley Urſachen geſchieht es, daß ein Teſtament entweder gleich anfangs, da es gemacht wird, nicht gilt, oder nachher ſeine Gültigkeit verliehrt. Dieſe ungültige Teſtamente ſind von gar verſchiedener Art. Einige heiſſen nulla; einige iniuſta; andere rupta; andere irrita; andere deſtituta; noch andere reſciſſa. Die 33. Tabelle zu dieſem §. legt die Verſchiedenheit dieſer Teſtamente auf einmal vor Augen. Wir wollen ſie nach der Reihe durchgehen.

§. 540. Was iſt teſtamentum nullum?

Nullum heiſt ein Teſtament, wann es eines innerlichen Mangels wegen gleich von Anfang an nicht gilt. Dahin gehört der Fall 1) wann in der Erbeseinſetzung ein Fehler begangen iſt; nemlich a) ſolche Perſonen, die bey Strafe der Nullität eingeſetzt oder enterbt werden müſſen, ſind nicht eingeſetzt auch nicht enterbt, ſondern mit Stillſchweigen übergangen; oder b) es iſt eine nicht erbfähige Perſon z. E. ein Apoſtat, ein nicht beſtätigtes Collegium u. ſ. w. eingeſetzt. 2) Wann der Teſtator zu teſtiren nicht befugt war, z. E. wann ein Verſchwender teſtirt hat.

§. 515. Was iſt teſtamentum iniuſtum?

Iniuſtum hingegen heiſt das Teſtament, wann es wegen eines äuſſerlichen Mangels von Anfang ungültig iſt, z. E. wann keine ſieben Zeugen dabey, oder die Zeugen nicht rogirt geweſen ſind, oder wann es an der Einheit der Handlung fehlt; der Teſtirer das Teſtament weder geſchrieben noch unterſchrieben hat. Uebrigens muß ich noch anmerken, daß die Diſtinction zwiſchen einem teſtamento nullo und iniuſto in den Geſetzen nicht vorkommt, ſondern modern iſt. Die alten römiſche Juriſten nennen ein Teſtament, welches gleich Anfangs nicht gilt, *iniuſtum*, *non iure factum*, *non iure civili factum*, *inperfectum*, *inutile*, *nullius momenti*, es mag nun einen innerlichen oder äuſſerlichen Fehler haben; S. L. 1. L. 3. §. 3. L. 6. §. 1. D. de iniuſt. rupt. pr. I. de exhered. lib. *Theophilus* ad pr. I. h. t.

§. 516.

§. 516. Grundſätze vom teſtamento nullo und iniuſto.

Beyde Arten von Teſtamenten, ſowohl die nulla als iniuſta ſind ganz, nach ihrem völligem Inhalte ungültig; nicht nur die Erbeseinſetzung, ſondern auch die Vermächtniſſe, Fideicommiſſe, und was ſonſt im Teſtament enthalten iſt, geht zu Grund. Dieß iſt ganz ausgemacht; nur in dem Fall wird diſputirt, was Rechtens ſey, wann das Teſtament für null erklärt wird, weil der Vater ſeine Kinder darin übergangen hat: ob es nemlich in dieſem Fall ganz null ſey, oder ob blos die Erbeseinſetzung umfalle, und die übrige Verordnungen des Teſtaments beſtehen bleiben. In der Auth. ex cauſa C. de lib. praeterit. heiſt es ganz allgemein: ex cauſa exheredationis vel praeteritionis irritum eſt teſtamentum quantum ad inſtitutiones, cetera namque firma permanent. Allein nach der 115. Novelle, woraus dieſe authentica genommen iſt, läßt ſich jener Satz nicht allgemein behaupten, wie wir im folgenden Titel ſehen werden. Zuweilen wird ein teſtamentum iniuſtum noch durch Hülfe einer gewiſſen Clauſel zum Theil erhalten, welche man die Codicillarclauſel nennt, und die im 628. §. beſchrieben wird.

§. 517. Was iſt taſtamentum ruptum?

Das teſtamentum *ruptum* iſt von zweyerley Art. Die erſte Art iſt folgende. Nach Verfertigung des Teſtaments bekommt der Teſtator einen *poſtumum*, das heiſt, es kommt jemand mit dem Teſtator in eine Verbindung, vermöge deren er nothwendig hätte eingeſetzt oder enterbt werden müſſen; gleichwohl iſt keines von beyden geſchehen; jetzt iſt das Teſtament ruptum. Dahin gehört a) wann dem Teſtator nach Verfertigung des Teſtaments noch ein Kind gebohren wird, das er im Teſtament gleichwohl nicht eingeſetzt hat; b) wann der Teſtator nach der Teſtamentserrichtung jemanden arrogirt; c) wann er einen ſeiner Deſcendenten adoptirt. Dann wann er einen andern minus plene adoptirt: ſo wird das Teſtament nicht rumpirt; weil ein ſolcher adoptivus nur ab inteſtato erbt, und keinen Anſprch auf die Erbſchaft ſeines Adoptivvaters machen kann, ſobald dieſer ein Teſtament macht. (§. 531.) d) Wann nach dem Teſtament ein unehliches Kind durch die Ehe, oder ein Reſcript plene legitimirt wird; e) wann ein Sohn oder eine Tochter mit Tode abgeht, und Kinder hinterläßt, die ſich in des Großvaters Gewalt befinden, gleichwohl im Teſtament weder eingeſetzt noch enterbt ſind.

§. 518. Fortſetzung.

Die zweyte Art von rumpirten Teſtamenten iſt vorhanden, wann der Teſtator erklärt, daß ſein zuvor errichtetes Teſtament nicht gelten ſolle. Auch

hier ſind viele Fälle möglich. a) Wann er ein neues vollkommenes Teſtament macht. Denn wir wiſſen, daß das erſte Teſtament durch das letzte aufgehoben wird. (§. 442.) b) Wann er vor Zeugen erklärt, daß ſein Teſtament nicht gelten ſolle, ohne übrigens ein anderes zu machen. c) Wann er ſein Teſtament verbrennet, zerreißt, zerſchneidet, durchſtreicht, etwas anders darauf ſchreibt, ſo, daß das Teſtament nicht mehr leſerlich iſt.

Ich habe geſagt, das erſte Teſtament werde rumpirt durch ein zweytes. Dieſes iſt die Regel, deren Ampliationen, (wie die Alte ſagen,) und Einſchränkungen ich nun vorzutragen habe.

Erſte Ampliation. Das erſte Teſtament wird durch das letzte rumpirt, wann gleich der im letzten eingeſetzte Erbe die Erbſchaft ausſchlägt, oder vor dem Teſtator geſtorben iſt. Denn ſobald das letzte gemacht wurde, gieng das erſte zu Grund. Dadurch, daß das letzte in der Folge ſeine Gültigkeit auch wieder verliehrt, erhält ſie das erſte nicht wieder. Teſtamentum ſemel ruptum, ſemper ruptum manet.

Zweyte. Das erſte iſt und bleibt alſo auch rumpirt, wenn der Teſtator das letzte wieder aufgehoben hat, in der Abſicht, daß das erſte gelten ſolle.

Dritte. Das erſte Teſtament wird durch das nachfolgende rumpiret, wann jenem gleich die *clauſula caſſatoria* oder *derogatoria* angehängt iſt; das heiſt, wenn der Teſtator im Teſtament geſagt hätte, dieſes ſolle ſchlechterdings ſein letzter Wille ſeyn und bleiben; und wenn er auch etwas anders dieſem zuwider verordnen ſollte, ſo wolle er ſolches hiermit zum voraus für null und nichtig erklären. Dieſe Clauſel iſt ohne Wirkung. Sie hindert den Teſtator nicht, das erſte Teſtament zu ändern. Dann Niemand iſt im Stande ſich ſelbſt ein Geſetz aufzulegen, von dem er nicht wieder abgehen könnte. Indeſſen legen doch viele Juriſten jener Clauſel einige Wirkung bey. Sie behaupten nämlich, daß ein Teſtament, dem ſie angehängt iſt, nicht anders entkräftet werde, als wenn der Teſtator im letzten Teſtament des erſtern gedenke und es ausdrücklich aufhebe. (*[2])

Einſchränkungen der obgedachten Regel ſind, erſtlich wann das erſte Teſtament durch das letzte ſoll rumpirt werden: ſo muß das letzte gültig ſeyn. Das erſte alſo wird nicht rumpirt, z. E. wann das letzte nullum oder iniuſtum iſt, weil der Vater darin ſeinen Sohn übergangen hat, weil es an der gehörigen Anzahl der Zeugen fehlt, u. ſ. w. Zweytens: wann das letzte leer iſt. Es findet ſich ein von Zeugen unterſchriebenes und unterſiegeltes Papier, das aber übrigens unbeſchrieben iſt. Dieſer Fall möchte ſich indeſſen ſchwerlich in der Welt je zugetragen haben. Drittens; wann in dem letzten ein Erbe unter einer Condition *de praeſenti* oder *de praeterito* eingeſetzt iſt, welche

welche nicht exiſtiret. Z. E. Im Jahr 1770. macht Jemand ſein erſtes Teſtament. Im Jahr 1780. am 1ten Febr. macht er das zweyte, und ſagt darinn: wann an dem heutigen Tage, da ich dieſes Teſtament mache, A. ſchon Doctor der Rechte iſt: ſo ſoll er mein Erbe ſeyn. Als der Teſtator geſtorben iſt, und das Teſtament eröffnet wird, zeigt ſichs, daß A. am erſten Febr. 1780. noch nicht Doctor war. Jetzt iſt das erſte Teſtament durch das letzte nicht rumpirt. Dann das letzte Teſtament war gleich anfangs ungültig, weil die Condition der Erbeinſetzung nicht exiſtirte; folglich kann das erſte dadurch nicht rumpirt werden. (*[1]) Ganz anders verhält es ſich, wenn der Teſtator im letzten Teſtament conditionem *de futuro* beyfügt. Dieſe mag unmöglich oder möglich ſeyn, exiſtiren oder nicht exiſtiren, ſo iſt das erſte Teſtament rumpiret. Z. E. wenn es im letzten Teſtament heiſt: A. ſoll mein Erbe ſeyn, wenn er Doctor werden wird. In dieſem Fall iſt das erſte Teſtament ruptum, A. mag nun Doctor werden oder nicht. Der Sitz dieſer Materie iſt L. 16. D. de iniuſt. rupt. irrit. teſtam.

Vierte Einſchränkung. Wann ein Teſtator zwey Teſtamente macht, in dem letzten nur einen Erben auf eine gewiſſe Sache ernennt, und erklärt, daß das erſte nicht aufgehoben ſeyn ſolle: ſo gelten ſie beyde, und zwar folgendergeſtalt: der im letzten Teſtament eingeſetzte Erbe tritt die Erbſchaft an, und giebt ſie dem Erben, der im erſten eingeſetzt iſt, heraus, bis auf die einzelne Sache, welche ihm angewieſen iſt. (*[2]) Noch berührt unter A. die Frage, was Rechtens ſey, wenn ſich zwey Teſtamente finden, welche einerley Datum haben? Nach dem Civilrecht galt keines davon. Der Prätor aber erhält beyde, giebt den in beyden Teſtamenten eingeſetzten Erben bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas. Dieſe Verordnung iſt in der L. 1. §. 6. de B. P. ſec. tab. enthalten, und iſt deswegen ſehr merkwürdig, weil ſonſt die Regel iſt: paganus cum duobus teſtamentis decedere nequit. Der Prätor ſetzt alſo voraus, daß die mehrere Teſtamente einerley Datum haben, *duos codices ſimul ſignatos*, und ſieht ſie als *plures tabulas eiusdem teſtamenti* an. Sein Edict läßt ſich alſo nicht auf den Fall ausdehnen, wann ſich zwey Teſtamente finden, deren keins ein Datum hat, oder nur das Eine datirt iſt. *Mollenbec* diſſ. de duobus teſtamentis ſimul validis, cap. 5. §. 6. wiewohl viele das Gegentheil behaupten. S. z. E. *Stryk* de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. 9. cap. 4. §. 37. (*[3])

Wir gehen nun zur zweyten Art ein Teſtament umzuſtoſſen, wenn der Teſtator vor Zeugen erklärt, daß ſein Teſtament nicht gelten ſolle. Hier bemerke man, wenn man ein Teſtament vor einem oder vor zwey Zeugen

widerruft: ſo thut es dem Teſtament nicht den mindeſten Schaden; es behält ſeine Gültigkeit. Wie aber, wenn man es vor drey, vier, fünf, ſechs oder ſieben Zeugen widerruft? Nach einer Verordnung des Kayſer Honorius in der L. 6. Cod. Theodoſ. de teſtam. et codicill. ſoll ein Teſtament ungültig ſeyn, ſobald es zehen Jahre alt iſt, wenn es auch gleich der Teſtator nicht widerrufen hat. Der Geſetzgeber glaubte, binnen zehen Jahren änderten ſich die Verbindungen und Geſinnungen eines Menſcheu dergeſtalt, daß man nicht annehmen könne, er wolle noch eben das, was er vor zehen Jahren gewollt hat. (*4) Juſtinian aber änderte dieſes Honoriſche Geſetz in der L. 27. Cod. de teſtam. indem er feſtſetzte: ein Teſtament ſollte durch das Alter von zehen Jahren allein nicht ungültig werden. Wenn aber der Teſtator vor wenigſtens drey Zeugen erkläre, daß das Teſtament nicht gelten ſolle, und zehen Jahre verſtrichen wären: dann ſolle das Teſtament ungültig ſeyn; oder wie die Worte ſelbſt lauten: Sin autem teſtator tantummodo dixerit, *non voluiſſe prius ſtare teſtamentum*, vel aliis verbis utendo contrariam aperuerit voluntatem, et hoc per teſtes idoneos, non minus tribus, vel inter acta manifeſtaverit, et decennium fuerit emenſum: tunc irritum eſt teſtamentum, tam ex contraria voluntate, quam ex curſu temporali.

Dieſe Verordnung wird auf dreyerley Art erklärt. 1) Einige (*5) ſagen, ein Teſtament wird durch die Revocation vor 7. 6. 5. 4. oder 3. Zeugen ſogleich umgeſtoſſen. Denn Juſtinian verordne nur, das Teſtament ſolle aus dem Grund allein nicht ungültig ſeyn, wenn es zehen Jahre alt wäre; er wolle, daß zu dem Ablauf der zehen Jahre noch die Revocation hinzu kommen müſſe; aber er wolle nicht, daß wenn die Revocation geſchehen ſey, auch noch der Ablauf von zehen Jahren dazu kommen ſolle. Ich halte aber dieſe Meynung für unrichtig. Denn wenn Juſtinian nicht gewollt hätte, daß jedesmal beydes zuſammen da ſeyn ſollte, Revocation und Ablauf des Decenniums: ſo hätte er ohne die gröſte Ungereimtheit im Geſetz nicht ſagen können: ſi hoc per teſtes manifeſtaverit *et* decennium fuerit emenſum; und eben ſo wenig: tunc irritum eſt teſtamentum; *tam ex contraria voluntate, quam ex curſu temporali.* Die contraria voluntas thäte ja allein dieſe Wirkung, und der curſus temporis trüge nichts dazu bey. 2) Andere glauben, (*6) die Revocation vor 7 Zeugen benehme dem Teſtament ſogleich ſeine Gültigkeit. Würde es aber vor 6. 5. 4. oder 3 Zeugen widerrufen: ſo verliehre es ſeine Kraft erſt, nachdem es zehen Jahr alt geworden ſey. Z. E. wenn es im Jahr 1760 gemacht, im Jahr 1765. widerrufen iſt: ſo gelte es noch bis ins Jahr 1770. Dieſe Meynung iſt zur Hälfte wahr. Nemlich die dritte, und wie ich glaube, richtige Meynung iſt: keine vor Zeugen geſchehene

ſchehene Revocation entkräftet das Teſtament ſogleich, wann ſie auch vor ſieben Zeugen geſchieht, ſondern es muß noch jedesmal der Ablauf des Decennium hinzukommen. (* 7) Dieſe Meynung läßt ſich a) daraus beweiſen, daß Juſtinian ſagt: wann das Teſtament vor wenigſtens drey Zeugen widerrufen wird, und das Decennium verſtreicht: ſo gilt es nicht. Dieſe Worte ſind allgemein, und begreifen auch die Revocation vor 7. Zeugen in ſich. Ferner ſagt Juſtinian, wenn das Teſtament vor wenigſtens drey Zeugen oder vor Gericht widerrufen wird, und der Ablauf von zehen Jahren hinzukommt ꝛc. Nun aber kann die Revocation vor 7. Zeugen nicht mehr Wirkung haben, als die Widerrufung vor Gericht. Alſo iſt auch jene, ſo wenig als dieſe, allein hinreichend, das Teſtament zu entkräften. Daß das Decennium übrigens nicht von der Zeit der Revocation, ſondern von der Verfertigung des Teſtaments an laufe, erhellet aus dem bisher beſagten; und wenn verſchiedene Juriſten es von der Revocationszeit an zählen wollen, ſo iſt ihre Meynung den klaren Worten der L. 27. cit entgegen.

(1) Die Fälle, wo das erſte Teſtament durch das zweyte nicht aufgehoben wird, erzählt vollſtändig *Ach. Lud. Car. Schmid* diſſ. de teſtamento priore poſteriori derogante, Ien. 1755.

(2) J. C. *Sande* Deciſ. Friſ. L. 4. Tit. 1. Def. 10.

(3) Was Rechtens ſey, wenn ein Teſtator in ſeinem zweyten Teſtament ſagt, er wolle hierdurch ſein erſtes nicht aufgehoben haben, iſt oben §. 454. erklärt worden.

(4) *Iac. Gothofredus* ad dict. leg. Tom. 1. pag. 386. verſ. *poſſim tamen* &c. und vorzüglich *Herm. Cannegieter* obſ. iur. rom. lib. 1. cap. 6.

(5) J. C. *Marckart* interpret. receptar. lection. Lib. 2. cap. 1.

(6) J. C. Conſil. Marburg. Tom. 1. conſil. 34. n. 48. pag. 514. *Mantica* de coniectur. ult. vol. Lib. 2. tit. 15. n. 19. *Puttmann* interpret. et obſervat. cap. 27. *Schott* Diſſ. de poſteriore teſtam. imperf. Cap. 9. in opuſc. pag. 80.

(7) *Merenda* controverſ. Lib. 3. Cap. 44. *Faber* de error. pragmat. decad. 39 Err 6. *Vinnius* ad §. 7. I. h. t. *Bachov* ad *Treutl.* Vol. 2. Diſp. 10. th. 7. lit B. *Struv.* ex 32. th 42. *Stryk* de cautel. teſtam. Cap. 24. §. 36 *Lauterb.* coll. th pr. tit. de iniuſt. rupt. irrit. §. 13. *Cocceji* iur. controv. ibid. Qu. 9. *Bardili* diſſ. de revocatione ult. vol. Cap. 2. §. 15. *Herm. Cannegieter* l. c. cap. 5. *Heisler* diſſ. an et quatenus teſtamentum parent. int. lib. aliud teſtamentum auterius rumpat. (Hal. 1779.) cap. 1. § 4. ſqq *Pregel* diſſ. de teſtamento rupto (Giſſ. 1780.) §. 8. Auch bey mündlichen Teſtamenten muß der Ablauf von 10 Jahren zu der Revocation kommen, wenn ſie wirkſam ſeyn ſoll. Cramer N. St. 107. Th. 4. Stück.

§. 519.

§. 519. Zuweilen erhält der Präter die rumpirte Teſtamente.

Ein rumpirtes Teſtament geht ganz mit allen ſeinen Verordnungen zu Grund. Doch zuweilen wird es vom Prätor erhalten. Dieſer hat nämlich die Regel feſtgeſetzt, wann der Umſtand, wodurch das Teſtament rumpirt worden iſt, noch bey Lebzeiten des Teſtators wieder wegfällt: ſo ſoll das Teſtament gelten, und der darin ernannte Erbe bonorum poſſeſſionem verlangen können. Dahin gehören folgende Fälle: 1) wenn der poſtumus, welcher das Teſtament rumpirt hat, noch vor dem Vater geſtorben iſt. 2) Wenn das erſte Teſtament durch ein zweytes rumpirt worden iſt, der Teſtator aber das letzte wieder zernichtet hat, in der Abſicht, daß das erſte gelten ſolle. (*1) Schmid (*2) rechnet auch hieher 3) den Fall, wenn im letzten Teſtament ein Erbe unter einer Condition de futuro ernennt iſt, und dieſe nicht exiſtiret. Dieſe Meynung aber halte ich für offenbar falſch. Dann hier wird das zweyte Teſtament erſt nach dem Abſterben des Teſtators ungültig.

(1) Dieſe Abſicht iſt facti, muß alſo erwieſen werden. *Stryk* de ſucceſſ. ab inteſtat. diſſ. 9. cap. 4. §. 32. Anderer Meynung iſt *Schmid* diſſ. (§. 518. not. 1.) cit. §. 7.

(2) *Schmid* diſſ. cit. §. 8.

§. 520. Was iſt teſtamentum irritum?

Irritum heiſt ein Teſtament, wenn der Teſtator den bürgerlichen Zuſtand verliehrt, der zur Teſtamentserrichtung nöthig iſt; das heiſt, wenn er die gröſte, mittlere oder geringſte Capitisdeminution leidet. Denn durch die gröſte Capitisdeminution wird er ein Sklave; durch die mittlere verliehrt er das Bürgerrecht, und wird als ein fremder angeſehen; durch die geringſte wird er ein filius familias. Nun kann aber kein Sklave, kein Fremder und kein filius familias teſtiren; und das römiſche Recht hat die Regel, wann das Teſtament gelten ſoll, ſo muß der Teſtator bis an ſeinen Tod den zum teſtiren erforderlichen Zuſtand behalten. Alſo iſt offenbar, daß in allen eben beſchriebenen Fällen das Teſtament ungültig werden muß.

§. 521. Der Prätor erhält es zuweilen.

Auch dieſer Art von Teſtamenten kommt indeſſen der Prätor zuweilen zu Hülfe. Wann nemlich das Teſtament durch den Verluſt des bürgerlichen Zuſtandes irritum geworden iſt; der Teſtator aber vor ſeinem Tode den verlohrnen Zuſtand wieder erhalten hat; das heiſt als ein römiſcher Bürger und pater familias geſtorben iſt: ſo ſpricht der Prätor dem eingeſetzten Erben die Verlaſſenſchaft zu, (bonorum poſſeſſionem dat.) Nur iſt zu bemerken:

wenn

wenn der Teſtator arrogirt, und dadurch das Teſtament rumpirt worden; der Arrogirte aber nachher wieder emancipirt worden iſt: ſo iſt, um dem Teſtament ſeine Gültigkeit wieder zu geben, nöthig, daß der Teſtator erklärt, er wolle, daß ſein Teſtament gelten ſolle. Die Urſache iſt, wer arrogirt wird, willigt in die Arrogation; willigt alſo zugleich in die Aufhebung ſeines zuvorgemachten Teſtaments. Daher muß er billig auch nachher wieder erklären, daß das Teſtament gelten ſolle. (*1)

(1) *Stryk* de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. 9. cap. 4. §. 29.

§. 522. Was iſt teſtamentum deſtitutum?

Ein Teſtament heiſt *deſtitutum* oder *deſertum*, wann der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft ausſchlägt; oder wann er ſie nicht antreten kann, weil er a) vor dem Teſtator geſtorben; oder b) zwar nach dem Teſtator aber doch eher geſtorben iſt, als er die Verlaſſenſchaft auf ſeine Erben transmittiren konnte; (§. 546.) oder endlich c) weil die Bedingung der Erbeseinſetzung nicht erfüllt worden iſt. In allen dieſen Fällen iſt das Teſtament ungültig, und die Inteſtaterben gelangen zur Verlaſſenſchaft, ohne daß ſie ſchuldig wären, die im Teſtament ausgeſetzten Vermächtniſſe zu bezahlen.

§. 523. Was iſt teſtamentum reſciſſum?

Die ſechſte Art von ungültigen Teſtamenten ſind die *reſciſſa*. Man heiſt ein Teſtament *reſciſſum*, wenn jemand die querelam inofficioſi dagegen angeſtellt, und den Proceß gewonnen hat. Was das heiſt, wird im folgenden Titel erklärt werden.

TIT. XVIII.

De querela inofficioſi.

§. 524. Was iſt die Wirkung der Exheredation und Präterition?

Wir wiſſen, was die Enterbung und Präterition iſt; (§. 474.) haben auch gehört, was die Form der erſtern iſt, (§. 476.) und die gerechten Urſachen dazu (§. 477. u. f.) ſind. Dieſer Titel, einer der ſchwerſten in unſerem Buche, beſchreibt die Wirkungen, ſowohl der Enterbung als der Präte-

rition. Sie ſind: daß der Enterbte oder übergangene zuweilen das Teſtament **rumpiret**, zuweilen es als **nichtig** (nullum) impugniren; zuweilen *bonorum poſſeſſionem contra tabulas* ſuchen, und zuweilen *querelam inofficioſi* anſtellen kann.

§. 525. Fortſetzung.

Nämlich 1) wenn jemand ſchon zur Zeit des errichteten Teſtaments vorhanden iſt, der nothwendig, vermöge der Civilgeſetze hätte müſſen eingeſetzt oder enterbt werden, gleichwohl nicht eingeſetzt auch nicht enterbt, ſondern übergangen iſt: ſo iſt das Teſtament null. Wenn hingegen jemand erſt nach Verfertigung des Teſtamentes mit dem Teſtator in eine ſolche Verbindung kommt, vermöge der er nach den Civilgeſetzen hätte eingeſetzt oder enterbt werden müſſen, gleichwohl aber übergangen iſt: ſo rumpirt er das Teſtament. 3) Wer übergangen iſt, da er doch nach dem Edict des Prätors hätte eingeſetzt oder enterbt werden müſſen, ſucht bonorum poſſeſſionem contra tabulas. 4) Wann jemand auf eine erlaubte Art übergangen, das heiſt, wenn ein ſolcher übergangen iſt, der weder nach dem Civilrecht, noch nach dem Prätoriſchen Edict nothwendig eingeſetzt oder enterbt werden muß: oder auch wenn jemand nach der ſchon in den alten Geſetzen beſtimmten Form (rite) enterbt iſt: ſo muß er querelam inofficioſi anſtellen. Nur bemerke man noch, in der 115. Novelle iſt verordnet, daß wenn Kinder oder Eltern enterbt oder präteriret werden, eine geſetzliche Urſache angeführt werden ſoll, und daß, wann keine angeführt wird, oder keine geſetzliche, das Teſtament quoad inſtitutionem zu Grunde gehen ſoll. Es entſteht alſo die Frage: ob querela nullitatis oder inofficioſi ſtatt finde? Viele behaupten das letzte. (*[1]) Aber ich glaube, daß querela nullitatis ſtatt habe. Dann die in der Novelle vorgeſchriebene Form iſt nicht beobachtet; was aber nicht nach der geſetzlichen Form geſchieht, iſt null; anderer Gründe nicht zu gedenken. (*[2]) Niemand denke übrigens, daß dieſe Sätze ohne practiſchen Nutzen ſeyen. Nein; denn die drey Klagen, querela nullitatis; querela inofficioſi und das Geſuch um bonorum poſſeſſionem contra tabulas ſind ſehr unterſchieden. 1) Die querela nullitatis dauert 30. Jahre, die querela inofficioſi nur fünfe. 2) Jene geht auf die Erben, dieſe nicht, auſſer wenn ſie präparirt iſt. (§. 535.) 3) Jene wirft zuweilen das ganze Teſtament um, dieſe nur die Erbeseinſetzung. 4) Gegen die querelam inofficioſi kann der Beklagte excipiren, daß die Urſache der Enterbung wahr ſey; dieſe Exception aber findet gegen die querelam nullitatis nicht ſtatt. (*[3]) 5) Die bonorum poſſeſſio iſt von den beyden Querelen darin unterſchieden, daß Kinder und Eltern binnen einem Jahr, andere Perſonen binnen 100. Tagen gerichtlich darum bitten müſſen, welche Zeiten

aber

aber erſt vom Tage der Wiſſenſchaft an laufen, das heiſt, von der Zeit an, da man erfährt, daß einem eine Erbſchaft angefallen ſey.

(1) *Fachineus* controverſ. lib. 4. cap. 9. *Vinn.* ad prooem. Inſtit. h. t. n. 3. et in quaeſt. ſelect. Lib. 2. Cap. 21. *Reinold.* diſſ. de cauſis, in quibus etiam nunc querela inoff. teſtam. eſt neceſſar. §. 15. ſqq. *Lauterbach* coll. th. pr. h. t. §. 17. *Huber* ad I. tit. de exhered. lib. n. 13. 14. *Franzk.* Ex. 6. Qu. 4. *Voet.* ad *P.* h. t. n. 23. *Puſendorf* Tom. 4. obſ. 76. §. 10.

(2) Dieſer Meynung ſind auch *Hunn.* in reſolut. pag. 434. Qu. 18. *Bachov.* ad *Treutl.* vol. 1. Diſp. 13. th. 1. lit. F. *Struv.* ex. 10. th. 15. *Stryk* in V. M. h. t §. 4. *Cocceji* iur. controv. h. t. Qu. 7. *Bauer* diſſ. de eo quod iuſt. eſt circa exheredat. §. 13. *Walch* controv. pag. 245.

(3) S. *Tob. Iac. Reinharth* diſſ. de querelar. nullitatis et inoff. teſtam. differentiis et uſu earundem practico Goett. 1736. beſonders *Chriſt. Gottl. Haubold* diſſ. ſub praeſid. *Car. God. Winkleri* de differentiis inter teſtamentum nullum et inofficioſum cap. 5. cap. 6. cap. 7. §. ult. p. 38. welcher zehen Unterſchiede anführt.

§. 526. Perſonen, welche man übergehen und nicht übergehen kann.

Welche Perſonen aber können denn **übergangen**, und welche müſſen **eingeſezt** oder **enterbt** werden? Das alte römiſche Recht iſt in dieſem Stücke vom neuen ſehr unterſchieden. Nach dem alten nemlich war 1) ein Unterſchied zwiſchen **Kindern**, **Eltern** und **Geſchwiſtern**. Eltern und Geſchwiſter konnten übergangen werden, Kinder aber nicht ohne Unterſchied. 2) Zwiſchen dem **Vater** und der **Mutter**. Dieſe konnte die Kinder übergehen, der Vater aber konnte es nicht ohne Unterſchied. 3) Zwiſchen *ſuis* (das heiſt, ſolchen Kindern, die zur Zeit, als der Vater ſtirbt, noch in ſeiner Gewalt ſind), und zwiſchen **emancipirten** Kindern; dann die leztern können nach den Civilgeſetzen übergangen werden. 4) Zwiſchen **adoptiv**= und **leiblichen Kindern**. Ein emancipirtes leibliches Kind, wann es übergangen iſt, kann bonorum poſſeſſionem contra tabulas ſuchen, ein emancipirtes Adoptivkind nicht. 5) Zwiſchen **Söhnen** und **Töchtern**. Die Söhne mußten **namentlich** enterbt werden, bey Töchtern war dies nicht nöthig. 6) Zwiſchen **Kindern** und **Enkeln**. Die leztern brauchten, ſo wie die Töchter, nicht namentlich enterbt zu werden. 7) Zwiſchen denen, die zur Zeit der Teſtamentserrichtung ſchon **vorhanden** waren und zwiſchen *poſtumis*. Jene impugniren, wann ſie auf eine unerlaubte Art übergangen ſind, das Teſtament als **null**, dieſe aber **rumpiren** es.

§. 527. Fortſetzung.

In den neuen römiſchen Geſetzen iſt 1) die fünfte und ſechſte Diſtinction zwiſchen Söhnen und Töchtern, Kindern und Enkeln ganz aufgehoben, 2) Die

erſte Diſtinction iſt zum Theil abgeſchafft. Die Eltern können übergangen werden; aber man muß doch, eben ſo, als wann man Kinder enterbt, eine rechtmäſſige Urſache anführen. 3) Der Unterſchied zwiſchen Vater und Mutter ceſſiret ebenfalls einigermaſſen. Denn die Mutter iſt zwar noch befugt, die Kinder zu übergehen; aber ſie muß doch eine von den vierzehen Urſachen allegiren, die bey der Enterbung der Kinder feſtgeſetzt ſind. (* [1]) Verſchiedene Rechtsgelehrte glauben zwar, die Präterition vertrage ſich nicht mit der Anführung einer rechtmäſſigen Urſache; es laſſe ſich nicht denken, wie man einen übergehen, und doch eine gerechte Urſache anführen könne; denn ſobald man das letztere thue, habe man nicht präterirt. Aber dieſe Meynung gründet ſich auf die irrige Vorausſetzung, daß praeteritio ein völliges Stillſchweigen bedeute. Das iſt nicht; ſondern jeder iſt präterirt, den ich nicht ausdrücklich enterbe, und doch auch nicht einſetze. Wann alſo z. E. die Mutter ſagt: ich ſetze meine drey Söhne zu Erben ein, dann meine Tochter hat ſich ſo pflichtvergeſſen gegen mich aufgeführt, daß ſie mich geſchlagen hat: ſo iſt eine rechtmäſige Urſache angeführt, und doch eine praeteritio geſchehen. Ja es laſſen ſich Fälle denken, wo man einen unter Anführung einer rechtmäßigen Urſache übergehet, ohne ihn nur zu nennen, z. E. die Mutter, welche einen Sohn und zwey Töchter hat, ſagt: ich ſetze meinen Sohn zum Erben ein, denn er iſt der einzige unter meinen Kindern, der ſich meiner, während meines Blödſinnes angenommen hat. 4) Nicht wenige Juriſten (* [2]) behaupten, daß nach dem Recht der Novellen kein Unterſchied mehr zwiſchen emancipirten, und nicht emancipirten Kindern (ſuis) ſey; und daß in den Fällen, wo die ſui die Nullitätsquerel haben, eben dieſe Klage auch den emancipatis zuſtehe; mithin dieſe zu der bonorum poſſeſſione contra tabulas ihre Zuflucht nicht zu nehmen brauchten. Allein andere (* [3]) behaupten mit beſſeren Gründen, daß der Unterſchied zwiſchen ſuis und emancipatis in dieſem Stück nicht gänzlich aufgehoben ſey. Nur darin ſind die emancipati den ſuis gleich, daß ſie eben ſo wenig, als dieſe, ohne rechtmäßige und im Teſtament angeführte Urſache enterbt werden können. Aber der Unterſchied iſt geblieben, daß die ſui ein Teſtament aus den Civilgeſetzen impugniren können, wenn ſie präteriret, oder nicht rite enterbt ſind, oder keine rechtmäſſige Urſache im Teſtement allegirt iſt; die emancipati hingegen in allen dieſen Fällen bonorum poſſeſſionem contra tabulas ſuchen müſſen. Noch iſt die wichtige Frage übrig, ob die Kinder, wenn ſie durch Heyrath oder eigne Haushaltung aus der väterlichen Gewalt gehen, in dieſem Stücke den ausdrücklich emancipirten Kindern gleich ſind? Ich glaube allerdings. Denn dieſer Austritt aus der väterlichen Gewalt hat die Wirkungen der ausdrücklichen Emancipation. (* [4])

(1) *Pufendorf* Tom. 2. Obſ. 173.

(2) *Struv.* Ex. 32. th. 26. *Cocceji* iur. contr. Lib. 28. Tit. 2. Quaeſt. 6. *Berger* reſolut. Lib. 28. Tit. 2. *Stryk* uſ. mod. lib. 28. tit. 2. §. 3. et lib. 37. tit. 4. §. 1. *Reinharth* ad *Chriſtin.* Vol. 4. Obſ. 2. *Frid. Guil. Car. Sartorius* in diſſ. de B. P. quam c. t. parentum liberi agnoſcunt, cap. 2. §. 4. *Haubold* diſſ. cit. pag. 20. Indeſſen geben doch die Vertheidiger dieſer Meynung zu, daß die emancipirten Kinder in einigen Fällen noch heutiges Tages die B. P. contra tabulas ſuchen müſſen.

(3) *Ant. Faber* de error. pragmat. Dec. 14. Err. 7. *Vinn.* ad §. 5. I. de exhered. lib. *Pufendorf* Tom. 4. obſ. 76. §. 10. *Io. Frid. Wahl* diſſ. de iuſta liberos heredes inſtituendi forma, pag. 59. *Car. Chriſt. Hofacker* diſſ. ſiſtens hiſtor. iur. civ. de exheredat. et praeterit. §. 24.

(4) *Grupen* diſcept. forenſ. pag. 137. ſqq. das Gegentheil behauptet *Wahl* l. c.

§. 528. Was iſt Rechtens, wann der Vater oder die väterlichen Aſcendenten ſuos, die ſchon gebohren ſind, ausſchlieſſen?

Nach dieſen neuen Geſetzen alſo kann der Vater und alle väterliche Aſcendenten die leiblichen Kinder und Enkel, die in ihrer Gewalt, und zur Zeit der Teſtamentserrichtung ſchon gebohren ſind, nicht übergehen. Thun ſie es, ſo iſt das Teſtament null. 2) Wenn ſie dieſe Kinder enterben, aber nicht in der gehörigen Form (nicht rite:) ſo iſt das Teſtament ebenfalls null. Denn eine Exheredation, bey der die ſchon in den alten Geſetzen vorgeſchriebene Form nicht beobachtet iſt, iſt als eine Präterition anzuſehen. Wenn 3) die Enterbung rite geſchehen, aber die Vorſchrift der 115. Novelle nicht beobachtet, das heiſt keine Urſache angeführt, oder die angeführte keine von den vierzehen geſetzlichen iſt: ſo iſt die Erbeseinſetzung ungültig; die übrigen Verordnungen des Teſtaments aber bleiben bey Kräften. Ob übrigens in dieſem Falle querela nullitatis oder querela inofficioſi ſtatt finde, iſt, wie ich vorhin geſagt habe, ſehr beſtritten. Ich glaube, daß die erſtere Klage angeſtellt werden kann. 4) Wann eine von den 14. beſtimmten Urſachen angeführt iſt, deren Wahrheit aber der Enterbte leugnet: ſo kann er querelam inofficioſi anſtellen. Beweiſt der eingeſetzte Erbe die Richtigkeit der angeführten Urſache: ſo wird das Teſtament beſtätigt; beweiſt er ſie nicht: ſo wird es als inofficioſum umgeſtoſſen.

§. 529. Was iſt Rechtens bey den Emancipirten?

Wenn der Vater oder ein väterlicher Aſcendent die emancipirten Kinder oder Enkel nicht einſetzt, und nicht enterbt, ſondern übergeht: ſo ſuchen ſie bonorum poſſeſſionem contra tabulas cum re. Enterbt er ſie, aber nicht rite: ſo bekommen ſie ebenfalls dieſe bonorum poſſeſſionem cum re. Wenn

ſie endlich rite enterbt ſind: ſo müſſen ſie bonorum poſſeſſionem litis ordinandae gratia bitten, und wann ſie dieſe erhalten haben, zur querela nullitatis oder inofficioſi ihre Zuflucht nehmen. (§. 600.)

§. 530. Bey den poſtumis.

Wenn Vater oder väterliche Aſcendenten die poſtumos ausſchlieſſen: ſo ſind dieſe entweder in der väterlichen Gewalt oder nicht. Im letzten Fall iſt eben das bey ihnen Rechtens, was bey den ſchon gebohrnen emancipirten Kindern gilt. (§. 529.) Im erſten Fall aber ſind die poſtumi entweder übergangen, oder enterbt. Sind ſie übergangen: ſo rumpiren ſie das Teſtament. Sind ſie hingegen exheredirt; ſo iſt es entweder rite geſchehen, oder nicht. Iſt die Enterbung nicht rite geſchehen: ſo iſt ſie wie eine Präterition anzuſehen. Wenn ſie hingegen rite geſchehen iſt, ſo hat nach dem Recht des Coder querela inofficioſi ſtatt; Kann aber nach dem Recht der Novellen nicht querela nullitatis angeſtellt werden? Man ſollte dieß glauben weil es unmöglich ſcheint, bey einem poſtumo eine rechtmäſſige Urſache der Enterbung anzuführen. Wo aber dieß nicht geſchieht, da hat querela nullitatis ſtatt. (§. 528. Num. 3.) (*1) Indeſſen laſſen ſich doch Fälle denken, wo ſich ein poſtumus der Enterbung würdig macht. Wir haben z. E. oben (§. 517. d.) gehört, daß wenn ich einen Sohn und deſſen Kinder in meiner väterlichen Gewalt habe, und der Sohn vor mir ſtirbt, deſſen Kinder jetzt als meine poſtumi zu betrachten ſeyn. Dieſe können eine Enterbung verdient haben. Ich kann alſo ſagen: mein Sohn ſoll mein Erbe ſeyn. Sollte er vor mir ſterben, ſo ſollen ſeine Kinder mich erben, ſein älteſter Sohn ausgenommen, weil er mich geſchlagen hat.

(1) *Hunn.* in reſolut. pag. 439. Qu. 20. *Cocceji* iur. contr. libr. 28. Tit. 2. Qu. 9.

§. 531. Bey den Adoptivkindern.

Die Adoptivkinder ſind entweder arrogirt, oder in eigentlichem Verſtande adoptirt. Die letztern ſind entweder vollkommen oder unvollkommen adoptirt, die unvollkommen adoptirte erben nur ab inteſtato. Wenn ich ein Teſtament mache: ſo kann ich ſie nach Gefallen übergehen. Die arrogirten und vollkommen adoptirten aber ſind entweder wieder emancipirt, oder nicht. Sind ſie emancipirt: ſo kann man ſie ebenfalls nach Belieben übergehen. Wenn ſie aber nicht emancipirt ſind: ſo hat eben das bey ihnen ſtatt, was bey den leiblichen Kindern Rechtens iſt.

§. 532.

§. 532. Was haben Mutter und mütterliche Aſcendenten zu beobachten?

Mutter und mütterliche Aſcendenten können ihre Kinder und Enkel übergehen und enterben. Nur müſſen ſie, wenn die Rede von leiblichen Kindern iſt, eine gerechte Urſache anführen. Thun ſie dieß nicht: ſo fällt das Teſtament in Anſehung der Erbeseinſetzung um, (corruit quoad inſtitutionem,) und ich glaube, daß querela nullitatis dagegen ſtatt findet. (§. 528. Num. 3.) Wenn ſie aber eine rechtmäſſige Urſache anführen: ſo muß der Enterbte oder Uebergangene zu der querela inofficioſi greifen. Adoptivkinder können von der Mutter und den mütterlichen Aſcendenten nach Belieben übergangen werden.

§. 533. Was iſt Rechtens, wann Eltern oder Geſchwiſter ausgeſchloſſen werden?

Wenn die Eltern von den Kindern übergangen oder enterbt werden: ſo muß eine von den acht geſetzlichen Urſachen im Teſtament angeführt ſeyn. Iſt dieß nicht geſchehen; das heiſt, die Kinder haben entweder gar keine Urſache allegirt, oder eine die nicht unter den acht geſetzlichen enthalten iſt: ſo iſt das Teſtament in Anſehung der Erbeseinſetzung ungültig, (quoad inſtitutionem corruit) und ich glaube, daß querela nullitatis ſtatt habe. (§. 528. Num. 3.) Iſt aber eine rechtmäſſige Urſache angeführt, und der Enterbte behauptet, daß ſie falſch ſey: ſo kann er querelam inofficioſi anſtellen. Wenn Geſchwiſter übergangen oder enterbt werden, und eine ſchändliche Perſon eingeſetzt iſt: ſo können ſie zur querela inofficioſi greifen; und nun kommt es darauf an, ob der ausgeſchloſſene Bruder, die ausgeſchloſſene Schweſter ſich ſo gegen den Teſtator betragen haben, daß ſie eine Enterbung verdienen, oder nicht. Im erſten Fall wird das Teſtament beſtätigt, im letzten aber umgeſtoſſen.

§. 534. Was iſt querela inofficioſi?

Dieſes vorausgeſetzt wollen wir die Natur der querelae inofficioſi teſtamenti etwas genauer überlegen. Der erſte Character heiſt, ſie wird von den Perſonen angeſtellt, welchen der Pflichttheil gehört; alſo a) von den Kindern, b) Eltern, und c) von Geſchwiſtern, wenn ihnen eine ſchändliche Perſon vorgezogen worden iſt. 2) Sie hat ſtatt, wenn dieſe Perſonen in der gehörigen Form enterbt, oder auf erlaubte Art (§. 525.) präteriret ſind, die angeführte Urſache aber falſch iſt, Eine Urſache der Präterition kann rechtmäſſig und doch falſch ſeyn. Wenn z. E. der Vater ſagt, ich enterbe meinen Sohn, weil er mich geſchlagen, und der Sohn dieſes nie gethan hat; ſo iſt eine gerechte,

aber doch falſche Urſache allegirt. 3) Sie wird gegen den eingeſetzten Erben angeſtellt. So oft eine Enterbung geſchieht, wird auch an die Stelle des Enterbten ein anderer eingeſetzt. Gegen dieſen alſo wird die querela inofficioſi gerichtet. 4) Das Geſuch dieſer Klage geht dahin, daß man das Teſtament umſtoſſe, (ut reſcindatur,) und den Kläger zur Inteſtaterbfolge laſſe.

Woher die querela inofficioſi ihren Urſprung habe, iſt ſehr zweifelhaft, Duarenus (*[1]) glaubt, ſie gründe ſich auf Kaiſerliche Verordnungen. Aber dieß iſt offenbar falſch. Denn man findet ſie ſchon zu den Zeiten der freyen Republik. Pithöus (*[2]) ſucht ihren Urſprung im prätoriſchen Edict. Aber Ulpian leitet ſie in der L. 8. pr. D. de bon. poſſ. ausdrücklich aus dem Civilrechte her, und die actiones praetoriae reſciſſoriae (Klagen, die dahin gehen, einen gültigen Actus umzuſtoſſen,) dauern auch nur Ein Jahr, dieſe Querel aber fünf Jahre. 3) Cujacius (*[3]) und andere (*[4]) behaupten, ſie ſey durch die legem Gliciam eingeſetzt worden. Dieſe Meynung hat nichts für ſich, als daß L. 4. D. h. t. überſchrieben iſt: Caius libro ſingulari ad L. Gliciam. Allein man findet von dieſem Geſetz ſonſt nirgends die mindeſte Nachricht, und geſetzt es habe exiſtirt, ſo iſts doch mit nichts bewieſen, daß es die querelam inofficioſi teſtamenti eingeführt habe. (*[5]) 4) Die richtigſte Meynung iſt alſo wohl: dieſe Klage iſt von den Rechtsgelehrten erfunden, und durch die Praxis beſtätigt worden. Die Juriſten hielten es für unbillig, ſeine Kinder, Eltern und Geſchwiſter, ohne hinlängliche Urſachen zu enterben. Sie gaben daher einem ſolchen Enterbten den Rath, gegen das Teſtament Klage zu erheben, und zum Grund anzunehmen, der Teſtator ſey nicht recht bey Verſtande geweſen; welches daraus erhelle, daß er ein ſo unbilliges, pflichtwidriges Teſtament gemacht habe; oder wie man es kurz ausdrückt, ſie riethen dem Kläger, ſich des *coloris inſaniae* zu bedienen. Dieſer Gedanke fand in den Gerichten Beyfall, und die Klage wurde von der Praxis angenommen. Die Urſache, warum man ſie nicht *actionem*, ſondern *querelam* nennte, iſt, weil dieſes Wort gelinder, als jenes war, und man daher in dem Falle, wenn die nächſten Verwandten Proceß unter einander hatten, nicht die Ausdrücke accuſare, litigare, ſondern conqueri brauchte. *Inofficioſi* querela heißt ſie, weil ein Teſtament, das eine unbillige Enterbung enthält, *inofficioſum*, das heißt pflichtwidrig iſt.

(1) In praelect. ad Pand. h. t.
(2) In not. ad collat. LL. rom. et Moſ. Tit. 16. §. 3.
(3) Lib. 2. obſ. 21.
(4) *Carolus Lovardus* (ein fingirter Name,) eigentlich *Volhard* de vera origine querelae inoff. teſtam. ex L. Glicia Dresd. 1762.
(5) *Puttmann* probabil. lib. 2. cap. 1. p. 8. *Zepernick* ad *Siccam*. de iudic. centumvir. p. 149.

§. 535.

§. 535. Was iſt ihre Wirkung, und wenn fällt ſie weg?

Weil der Kläger bey der querela inofficioſi den Vorwand brauchte, der Teſtator ſey nicht recht bey Vernunft geweſen, ſo folgte daß das ganze Teſtament zu Grunde gieng, alſo nicht nur die Erbeseinſetzung, ſondern auch die übrigen darin enthaltene Verordnungen, z. E. Vermächtniſſe ungültig wurden. Denn ein Blödſinniger kann gar nichts in einem letzten Willen verordnen. Juſtinian hat dieß in der 115. Novelle abgeändert, und feſtgeſetzt, daß a) wenn ein Teſtament durch dieſe Querel umgeſtoſſen wird, nur die Erbeseinſetzung wegfallen, alle andere Puncte des Teſtaments aber gültig bleiben ſollten. b) Ein gleiches hat ſtatt, wenn die in der 115 Nov. vorgeſchriebene Form nicht beobachtet, das heiſt, keine geſetzliche Urſache der Enterbung angeführt iſt. Man kann zwar die querelam nullitatis dagegen anſtellen; (§. 525.) aber es gehet doch nicht ganz zu Grunde, nur die Erbeseinſetzung wird ungültig. c) Die querela nullitatis *iuris antiqui* iſt alſo von der querela nullitatis *iuris novi* ſehr unterſchieden. Wenn die in den alten Geſetzen vorgeſchriebene Form nicht beobachtet, kurz wenn die Enterbung nicht rite geſchehen iſt: (§. 476.) ſo iſt das ganze Teſtament, mit allem, was es enthält, nichtig. Iſt aber nur die Form der 115. Novelle vernachläſſiget, ſo iſt zwar das Teſtament auch null, aber doch nicht nach ſeinem ganzen Inhalt, ſondern nur in Anſehung der Erbeseinſetzung.

Weil indeſſen der Vorwand der Blödſinnigkeit doch offenbar falſch war: ſo war dieſe Klage nicht ſehr beliebt. Sie hat daher 1) nicht ſtatt, wo ſich der Kläger mit einem andern Rechtsmittel helfen kann. Wer alſo das Teſtament als nullum, ruptum, oder irritum angreifen, wer B. P. contra tab. cum re dagegen ſuchen kann, der darf die querelam inofficioſi nicht dagegen anſtellen. Er würde auch nach den neuen Geſetzen thörigt handeln. Denn die querela inofficioſi wirft nur, wie wir eben gehört haben, die Erbeseinſetzung um. Ein teſtamentum nullum, ruptum, irritum, oder das durch die B. P. c. t. umgeſtoſſen wird, geht völlig zu Grunde (*1) 2) Die Erben des Exheredirten können ſie nicht anſtellen, wenn nicht der Enterbte gerichtlich oder auſſergerichtlich erklärt hat, daß er ſie anſtellen wolle. Ein einziger Fall iſt ausgenommen, folgender nemlich: der Sohn iſt enterbt, und A. eingeſetzt. Dieſer iſt zweifelhaft, ob er die Erbſchaft antreten, oder ausſchlagen ſoll. Während dem, daß er deliberirt, ſtirbt der enterbte Sohn, Nun tritt A. die Erbſchaft an. In dieſem Falle können die Erben des Enterbten die Querel anſtellen, wenn gleich der Verſtorbene noch nicht declarirt hatte, daß er ſie anſtellen wolle. 3) Sie muß binnen fünf Jahren angeſtellt werden, da doch ſonſt die Erbſchaftsklage 30 Jahre dauert. 4) Wenn einer enterbt, ihm aber doch

ein Vermächtniß hinterlaſſen iſt, und er die Querel anſtellt, aber den Proceß verliehrt: ſo kann er das Vermächtniß nicht fordern. Dieß iſt eine Strafe dafür, daß er den Teſtator ohne Grund für blödſinnig ausgegeben hat. Ob übrigens dieſes Geſetz noch heutiges Tags gelte, iſt zweifelhaft. Der in der Note angeführte Schriftſteller leugnet es, weil man heutiges Tags den Vorwand der Blödſinnigkeit bey der querela inofficioſi teſtamenti nicht brauche. Allein ich glaube nicht, daß dieſes Argument ganz ſtringent iſt. Denn die Römer bedienten ſich in den neuern Zeiten, nachdem die Querel durch Geſetze beſtättigt war, dieſes Vorwandes auch nicht mehr, und doch ſand jene Verordnung noch ſtatt. Auch gilt im römiſchen Recht der Schluß nicht immer: der Grund einer Verordnung fällt weg, alſo fällt die Verordnung ſelbſt weg. (* 2) 5) Die Querel kann nicht angeſtellt werden, wenn die Enterbung nicht aus Haß, ſondern aus guter Meynung geſchehen iſt. In den Geſetzen kommen zwey Fälle dieſer Enterbung vor: a) wenn der Vater ſeinen blödſinnigen oder verſchwenderiſchen Sohn enterbt, und deſſen Kinder, ſeine Enkel einſetzt; b) wenn er ein unmündiges Kind enterbt, und dem eingeſetzten Erben beſiehlt, daß er dem Kinde nach erreichter Mündigkeit die Erbſchaft reſtituiren ſolle. In der Praxis wird auch c) dieſe Enterbung verſtattet, wenn der Sohn verſchuldet iſt, und der Vater voraus ſieht, daß die Gläubiger alles Vermögen, ſobald es dem Sohn zufällt, wegnehmen werden. (* 3) 6) Wer den Willen des Verſtorbenen ausdrücklich oder ſtillſchweigend anerkannt hat, kann die Querel nicht anſtellen. Ausdrücklich habe ich den Willen anerkannt, wenn ich erkläre, daß ich zwar befugt wäre, gegen das Teſtament zu klagen, es aber nicht thun wolle, ſtillſchweigend, wenn ich das Vermächtniß annehme, welches mir im Teſtament hinterlaſſen iſt. Denn indem ich dieſes thue, erkläre ich, daß der Verſtorbene im Stand geweſen, etwas zu vermachen, daß er alſo nicht blödſinnig geweſen ſey. Folglich kann ich nachher nicht die Querel anſtellen, und ihn für blödſinnig ausgeben. An der Gültigkeit dieſer Verordnung zweifeln auch verſchiedene, (* 4) und glauben, daß man heutzutage ein Vermächtniß annehmen, und doch die Querel anſtellen könne; weil der color inſaniae bey uns nicht gebraucht werde.

(1) Man ſ. indeſſen L. 8. §. 12. D. h. t. und *Puttmann* adverſ. lib. 1. Cap. 6.

(2) Strube rechtl. Bed. 1. Th. 19 Seite. 2. Th. 556 S.

(3) *Leyſer* ſp. 358. med. 2. *Puſendorf* Tom. 1. obſ. 192. Cramer Nebenſt. Part. 38. n. 8. Alſo dieſe Enterbung erfordert eine gerechte Urſache, die im Teſtament angeführt iſt. L. 16. D. de curat. fur. *Behmer* ius controv. pag. 417.

(4) *Leyſer* ſp. 93. M. 7. *Koch* l. c.

TIT.

TIT. XIX.

De heredum qualitate et differentia.

§. 536. Die Erben ſind entweder neceſſarii oder voluntarii.

Die Erben ſind von zweyerley Art; einige müſſen Erben ſeyn, ſie mögen wollen oder nicht; andere können Erben ſeyn, wann ſie wollen; es hängt von ihrer Willkühr ab, ob ſie es ſeyn wollen, oder nicht. Jene heiſſen nothwendige Erben, (*heredes neceſſarii,*) dieſe freywillige (*voluntarii.*) Die neceſſarii ſind entweder ſui et neceſſarii, oder neceſſarii allein. Wir wollen jede Gattung beſonders betrachten.

§. 537. Wer ſind die neceſſarii?

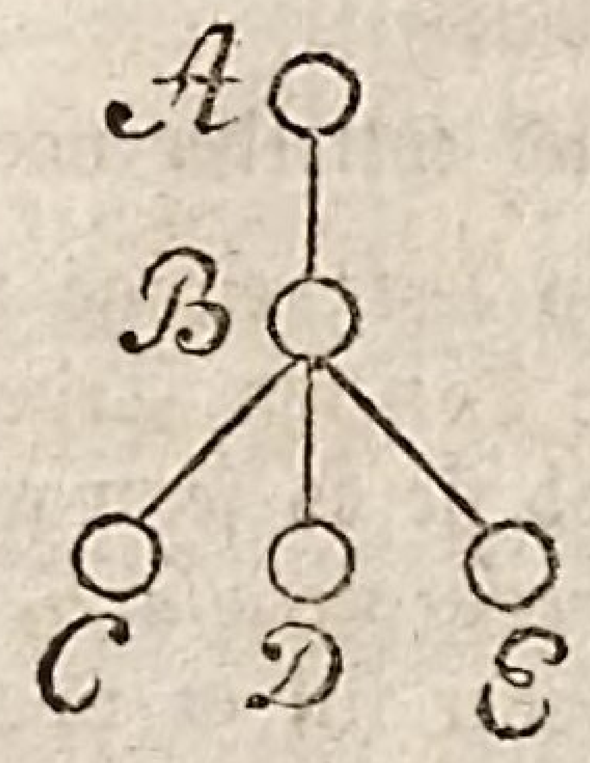
Neceſſarii allein ſind die Sklaven. Wenn ich nämlich meinen eignen Sklaven zum Erben einſetze: ſo iſt er, ich mag ihn nun zugleich ausdrücklich oder nur ſtillſchweigends freygelaſſen haben, (§. 483.) ſobald ich ſterbe, frey, und ipſo iure, d. i. ohne waitere Erklärung mein Erbe. Die Urſache, warum die Römer ihre Sklaven zum Erben einſetzten, war zuweilen Liebe für ſie; meiſtens aber lag ſie darin: ſie hielten es für ſchimpflich, wenn nach ihrem Tode über ihr Vermögen ein Concurs entſtand, und die Güter unter dem Namen des Verſtorbenen öffentlich aufgeſteckt wurden. Dieſer Beſchimpfung zu entgehen, ernennten ſie einen Sklaven zum Erben. Denn nun wurde das Vermögen unter des Sklaven, nicht unter des Verſtorbenen Namen verkauft, der Sklav aber hatte doch den Vortheil, daß er frey wurde.

§. 538. Was ſind die ſui et neceſſarii?

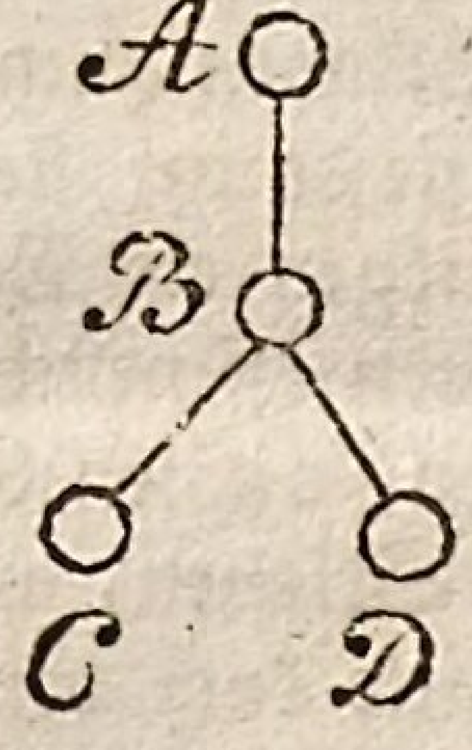
Sui et neceſſarii heredes heiſſen die Kinder, Enkel u. ſ. w. die zu der Zeit, als der Verſtorbene mit Tode abgieng, noch in ſeiner väterlichen Gewalt waren, und zu der Zeit, da ihnen die Erbſchaft zufällt, die nächſten in der Familie ſind; das heiſt, dem Verſtorbenen ſo nahe ſind, daß niemand zwiſchen ihnen und dem Verſtorbenen ſteht, (ut eos nemo gradu antecedat.) Ich ſage a) ſie ſind in der väterlichen Gewalt des Verſtorbenen zur Zeit des Abſterbens geweſen. Emancipirte Kinder ſind alſo keine ſui heredes. Auch die Mutter hat keine ſuos heredes. Alle Kinder, ſobald ſie auf irgend eine Art aus der väterlichen Gewalt gehen, hören auf, ſui heredes zu ſeyn. Wann alſo heutzutage eine Tochter heyrathet, oder ein Sohn ſeine eigene Oeco-

 nomie

nomie anſtellt: ſo ſind ſie keine ſui heredes mehr. (§. 163.) b) Sie ſind die nächſten in der Familie. Die Enkel C D E deren Vater B noch lebt, ſind keine ſui heredes desA. dann es ſteht zwiſchen ihnen und dem A. noch



eine Perſon, ihr Vater; ſie ſind nicht proximi in familia. c) Daß ſie die nächſten ſind zur Zeit, da der Verſtorbene mit Tode abgehet, iſt nicht nöthig; genug, daß ſie es alsdenn ſind, wann ihnen die Erbſchaft anfällt. Der Fall worauf dieſer Satz zielt, iſt folgender:



B iſt enterbt, der ſtatt ſeiner eingeſetzte Erbe deliberirt, ob er die Erbſchaft annehmen ſoll. Während dieſer Zeit ſtirbt der enterbte Sohn. Nun repudiirt der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft, und die Enkel C D ſind ſui heredes. Zu der Zeit als A ſtarb, waren ſie es noch nicht, denn B lebte noch. Damals waren ſie noch nicht proximi in familia. Aber jetzt, da ihnen die Erbſchaft zufällt, ſind ſie proximi, alſo ſui heredes. (*1) Die Urſache, warum ſie *ſui* heiſſen, iſt vielleicht, weil ſie in der Gewalt des Vaters, weil ſie ſein ſind, ſein Eigenthum; oder weil ſie ſchon bey Lebzeiten des Vaters gewiſſermaſſen, (ex fictione iuris) von deſſen Vermögen Miteigenthümer, (condomini,) und daher gleichſam ſich ſelbſt erben, *αυτοκληρονομοι*, ſui ipſorum heredes ſind. (*2) *Neceſſarii* heredes heiſſen ſie, weil ſie nach den Civilgeſetzen Erbe seyn müſ-

müſſen; die Erbſchaft, ſie mag ihnen nun durch ein Teſtament oder ab inteſtato zufallen, nicht ausſchlagen dürfen. (*3)

Die erſte Note führt noch einen Grund an, warum die Enkel, ſo lang ihr Vater noch lebt, keine ſui heredes des Großvaters ſind. Wenn ſie nämlich vom Großvater eingeſetzt werden: ſo treten ſie die Erbſchaft auf Befehl des Vaters an, ſie ſind alſo nicht ipſo iure, ohne alle Erklärung Erben. Die zweyte Anmerkung bedarf keiner Erklärung. Die Erläuterung übrigens, die hier aus dem Plautus hergeholt iſt, hätte eben ſo gut aus dem Evangelium genommen werden können. **Mein Sohn du biſt allezeit bey mir, und alles was mein iſt, das iſt dein.** Aber da hätte man freylich nicht ſagen können: *eleganter* reſpondet, u. ſ. w. Das verdient noch bemerkt zu werden, daß die römiſchen Rechtsgelehrten, wenn ſie von ſuis heredibus reden, allezeit das Wort ſui vorausſetzen, und nie heredes ſui ſagen.

(1) *Contii* tract. de hered. et bon. poſſ. in opp. p. 292.

(2) Doch ſehe man *Coſta* ad §. 1. l. h. t. *d' Arnaud* var. conject. L. 1. Cap. 25. pag. 176.

(3) Eine treffliche Abhandlung über dieſe ganze Materie iſt; *G. L. Boehmer* diſſ. de ſuo herede, ab hereditate ſe abſtinente; in elect. iur Civ. Tom. 1. num. 4.

§. 539. Was iſt das beneficium abſtinendi?

Die ſui heredes alſo ſind: 1) *ipſo iure* Erben. Sobald der Erblaſſer ſtirbt, ſind ſie, weil es die Geſetze wollen, ohne daß ſie ſich darüber zu erklären brauchen, Erben. 2) Sind ſie **nothwendig** Erben, ſie müſſen es ſeyn, ob ihnen gleich die Erbſchaft ſchädlich iſt, wenn die Schulden das Vermögen überſteigen. Weil aber der Prätor dieſes Geſetz, wie es wirklich iſt, für hart hielt; da die Kinder, im Fall daß ihr Vater verſchuldet war, und ſie ſeine Erbſchaft annehmen mußten, nicht nur den Schimpf hatten, daß ein Concurs entſtand, und das Vermögen unter ihrem Namen aufgeſteckt wurde, ſondern auch ſelbſt den Glaubigern haften mußten: ſo gab er den ſuis das beneficium abſtinendi; er erlaubte ihnen die väterliche Erbſchaft auszuſchlagen. Man hat alſo wohl zu bemerken: 1) durch das beneficium abſtinendi hat der Prätor das ius ſui heredis, oder wie es einige nennen, die ſuitatem nicht aufgehoben, ſondern nur die neceſſitatem. Nemlich *ſuitas* iſt das Recht eine Erbſchaft zu acquiriren, die ich nicht durch ein äuſſerliches Factum angetreten habe, neceſſitas iſt die Verbindlichkeit eine Erbſchaft anzunehmen. Jene iſt nicht aufgehoben bey den Kindern, nur dieſe iſt ihnen erlaſſen. Alſo kurz, ſeitdem den ſuis das beneficium abſtinendi zukommt, haben ſie nicht aufgehört, ipſo iure Erben zu ſeyn; ſondern ſie ſind nur nicht mehr gezwungen, Erben

zu werden. (*[1]) 2) Iſt zu bemerken, daß ein ſuus heres, wenn er ſich der väterlichen Erbſchaft enthalten will, ſich a) nicht immiſciren darf; (was das heiſſe, erklärt der folgende §.) b) daß er nichts aus der Erbſchaft entwenden muß: ne per eum eamve factum fuerit, quo quid ex ea hereditate amoveretur, ſagt der Prätor. So bald er eines von beyden thut, kann er nicht mehr abſtiniren. Nur ein Unmündiger iſt befugt, noch zu abſtiniren, wenn er ſich gleich ſchon immiſcirt hat; auch ein Minderjähriger, der ſich ohne Einwilligung ſeines Curators immiſcirt hat. Hat der Curator in die Immixtion gewilligt: ſo muß der Minderjährige Reſtitution in integrum ſuchen, wenn er nachher abſtiniren will. (*[2])

(1) *Boehmer* Diſſ. cit. cap. 2. §. 12. pag. 113.
(2) *Boehmer* §. 21.

§. 540. Wirkungen der Suität.

1) Ein ſuus braucht alſo die Erbſchaft nicht anzutreten, das heiſt, er braucht nicht zu erklären, daß er Erbe ſeyn wolle, ſondern ſobald der Erblaſſer ſtirbt, iſt der ſuus ſogleich Erbe. 2) Wenn er durch Worte oder Werke zu erkennen giebt, daß er Erbe ſeyn wolle: ſo ſagt man immiſcet ſe hereditati. Entſteht aber die Frage, aus welchen Handlungen man eine Immixtion ſchlieſſen könne: ſo iſt die Antwort: Handlungen, welche bey einem freywilligen Erben eine *geſtionem pro herede* involviren, beweiſen bey dem ſuo herede eine Immixtion. Man ſehe den §. 542. (*[1]) 3) Erklärt aber der ſuus durch Worte oder Werke, daß er nicht Erbe ſeyn wolle: ſo heiſt es abſtinet ab hereditate. Wenn andere Erben die Erbſchaft ausſchlagen: ſo ſagt man repudiant. Weil aber dieſes Wort für einen ſuum heredem zu hart und reſpectswidrig ſchien: ſo brauchte man den gelindern und höflichern Ausdruck abſtinet. Alſo der ſuus braucht es nicht gerade mit Worten, noch weniger gerichtlich zu erklären, daß er abſtiniren wolle; ſeine Erklärung iſt auch an keine gewiſſe Friſt gebunden; (*[2]) und wann die Gläubiger des Vaters den ſuum heredem belangen: ſo müſſen ſie beweiſen, daß er ſich immiſcirt habe. (*[3]) 4) Wenn ein ſuus ſtirbt, ohne erklärt zu haben, daß er Erbe ſey, ja ohne es gewußt zu haben, daß ihm die Erbſchaft angefallen ſey: ſo transmittirt er ſie doch auf ſeine Erben. Man nehme z. E. an, daß der Vater am 1. Januar 1776. in einem entfernten Lande ſtirbt, daß der Sohn (noch filius familias) ehe er von dieſem Abſterben Nachricht bekommt, am 6ten Januar ebenfalls mit Tode abgehet, und eine Wittwe als Erbin hinterläßt. Bekommt dieſe das Vermögen ihres Schwiegervaters? Allerdings, denn ihr Mann war ſuus heres, er hat alſo die Erbſchaft ſeines Vaters ipſo iure acquirirt. Die Wittwe iſt Erbe von ihm, folglich iſt die väterliche Erbſchaft auf ſie transmittirt.

(1) Und

(1) Und *Boehmer* §. 24.

(2) *Boehmer* §. 11.

(3) *Boehmer* §. 25. *Io. Chph. Koch* diſſ. de heredibus ſuis, ad probationem abſtentionis haud obligatis. *Walch* controverſ. p. 254. Anderer Meynung ſind: *Pufendorf* Tom. 3. obſ. 8. **v. Steck in der Ausführung polit. und rechtl.** Materien n. 13. pag. 185.

§. 541. Von den freywilligen Erben.

Freywillige Erben, heredes voluntarii ſind alle Erben, die weder Sklaven des Erblaſſers, noch in ſeiner väterlichen Gewalt waren. Ihnen konnte der Erblaſſer nicht befehlen. Sie ſind daher nicht gezwungen, ſeine Verlaſſenſchaft anzunehmen; es hängt von ihnen ab, ob ſie dieſelbe an ſich bringen, (acquirere, adire ſenſu generali,) oder ausſchlagen (omittere) wollen. Sie erwerben ſie nicht, als wem ſie wollen; heredi voluntario ignoranti et invito hereditas non adquiritur.

§. 542. Was iſt die Antretung der Erbſchaft?

Will ein freywilliger Erbe die Erbſchaft annehmen: ſo kann er ſeinen Willen ausdrücklich, er kann ihn auch ſtillſchweigend zu erkennen geben. Im erſten Fall heiſt ſeine Erklärung *aditio* im eigentlichen Verſtande, im letzten Fall *geſtio pro herede*. Ein jedes Factum übrigens, woraus man mit Gewißheit ſchlieſſen kann, daß ich die mir angefallene Erbſchaft haben wolle, das niemand thut, als wer Erbe ſeyn will, involvirt eine geſtionem pro herede; z. E. wenn ich die in der Verlaſſenſchaft befindlichen Aecker und Gärten ausſtelle, das Wohnhaus beziehe, das baare Geld zu mir nehme, Kapitalien aufkündige, ausleihe, des Erblaſſers Schulden bezahle, u. ſ. w. Sobald ein Factum eine doppelte Auslegung zuläßt: ſo kann man daraus keine geſtionem pro herede beweiſen; z. E. wenn der Sohn, welcher adventitia hat, im väterlichen Vermögen ſitzen bleibt: ſo läßt ſich daraus nicht ſchlieſſen, daß er des Vaters Erbe ſeyn wolle. Er kann es cuſtodiae cauſa, um die Verlaſſenſchaft nicht aus der Aufſicht zu laſſen, gethan haben. Wenn ich meine verſtorbene Mutter begraben laſſe: ſo kann man daraus nicht folgern, daß ich ſie erben will. Mein Beweggrund kann blos die kindliche Liebe ſeyn. (*1) Auch in dem Falle, wenn ich ein Factum vornehme, woraus ſich ſonſt eine geſtio pro herede herleiten läßt, aber dabey proteſtire, daß ich es nicht animo heredis thue: ſo bin ich geſichert, und man kann nicht behaupten, daß ich mich pro herede geriret hätte,

Solang

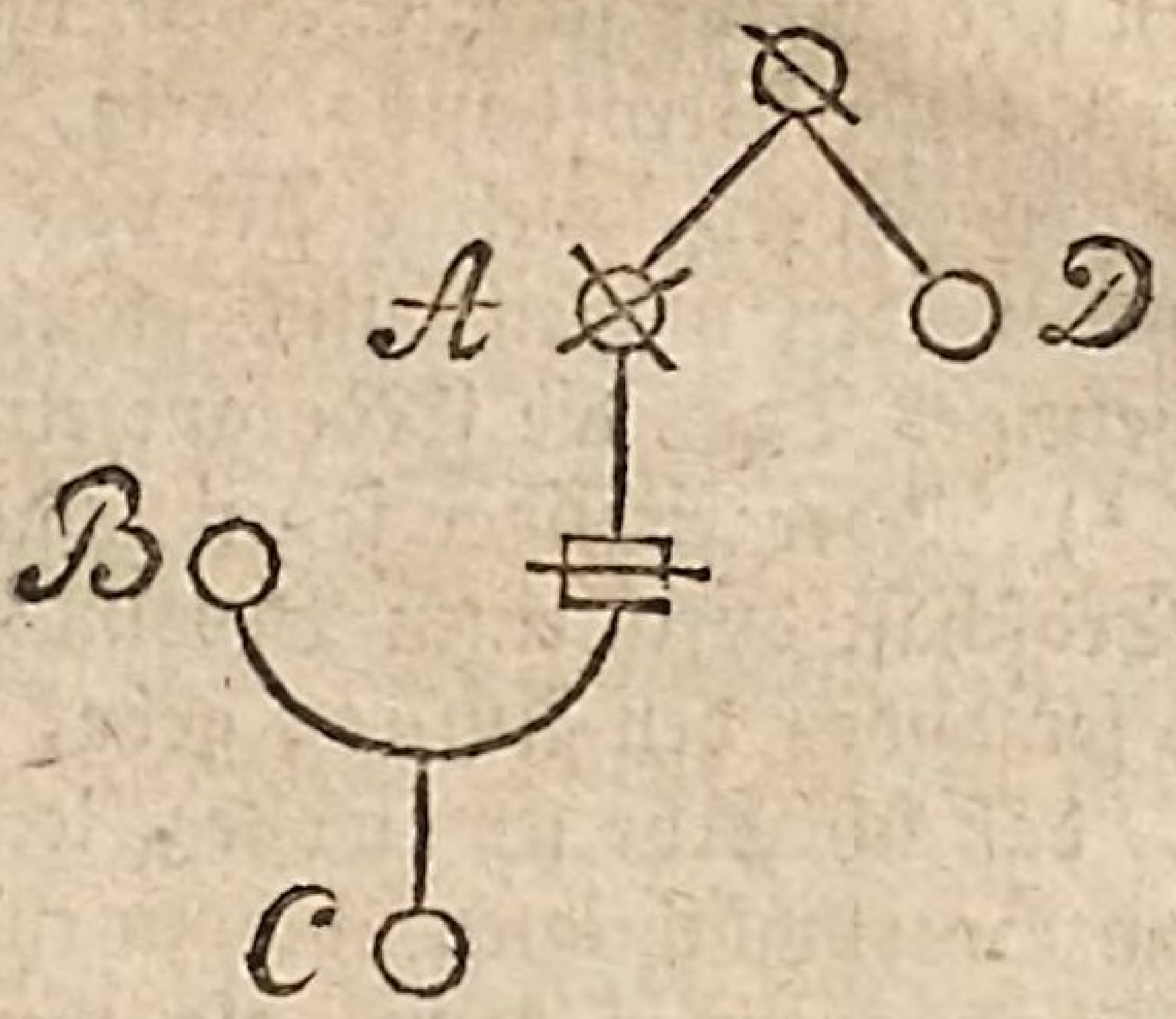
Solang eine Erbſchaft noch nicht angetreten iſt, heiſt ſie hereditas iacens. Von dieſer ſagt L. 34. D. de A. R. D. *vicem defuncti ſuſtinet*, ſie ſtellt den Verſtorbenen vor; d. i. die Geſetze fingiren, der Verſtorbene lebe noch, ſey noch Eigenthümer ſeines Vermögens. Durch dieſe Fiction bekommt die Erbſchaft eine Art von Perſönlichkeit. Sie iſt gleichſam die Eigenthümerin der Verlaſſenſchaft, hereditas domina eſt, wie es in der L. 31. D. de hered. inſtit. heiſt.

(1) Struben rechtl. Bed. 1. Th. 250. 251. Seite.

§. 543. Wer kann eine Erbſchaft antreten?

Wer eine Erbſchaft antritt, iſt Willens ſie zu haben. Alſo nur der kann eine Erbſchaft antreten, wer einen Willen hat, und der eigne Wille des Erben gehört ſchlechterdings und dergeſtalt zur Erbſchaftsantretung, daß kein anderer als der Erbe ſelbſt antreten kann. Daraus folgt 1) wenn einem Pupillen eine Erbſchaft zufällt: ſo kann ſie der Vormund ohne des Pupillen Vorwiſſen nicht antreten. L. 5. C. de iure delib. Der Pupill muß es ſelbſt thun auctore tutore. Iſt der Pupill noch ein Kind, ſo helfen ſich die Juriſten mit einer Fiction. Sie ſagen: pro herede ſe gerere videtur auctore tutore. L. 65. §. 3. verſ. ſed et in facti D. ad SC. Trebell. Nach einer neuen Verordnung Theodoſius des jüngern in der L. 18. §. 2. C. de iure delib. iſt dem Tutor verſtattet, Namens des Pupillen anzutreten, und in der Praxis geſchieht dies täglich. 2) Ein Herr kann keine Erbſchaft Namens ſeines zum Erben ernennten Sklaven, und kein Vater Namens ſeines Sohnes antreten; Sklave und Sohn müſſen es auf Befehl des Herrn und Vaters ſelbſt thun. L. 1. §. 2. L. 26. D. ſi quis omiſſa. L. 36. L. 62. §. 1. D. de A. vel O. H. Um bonorum poſſeſſionem kann der Vater Namens ſeines Kindes bitten L. 1. D. de bonor. poſſeſſ. furioſ. infant. Indeſſen hat Theodoſius in der angeführten L. 18. C. de iure delib. dem Vater erlaubt, im Namen des Kindes eine Erbſchaft anzutreten. 3) Wenn der Erbe blödſinnig iſt: ſo kann ſein Curator die Erbſchaft nicht antreten, ſondern nur um die bonorum poſſeſſionem kann er bitten. Allein dieſe bonorum poſſeſſio hat den Effect nicht, daß die Erbſchaft dem Blödſinnigen unwiderruflich acquirirt werde, ſondern wirkt nur ſo viel, daß die zum Unterhalt des Blödſinnigen nöthigen Koſten aus der Erbſchaft dürfen genommen werden. Kommt der Blödſinnige zu Verſtand, ſo kann er die Erbſchaft, wenn er will, repudiiren. Thut er dieß nicht, ſo bleibt ſie unwiderruflich ſein. Stirbt er aber im Blödſinne: ſo hat die bonorum poſſeſſio keine Wirkung, die Erbſchaft muß an diejenigen herausgegeben

ben werden, die ſie bekommen hätten, wenn der Blödſinnige nicht da geweſen wäre. Z. E.



A ſtirbt und hinterläßt einen blödſinnigen Enkel C; deſſen Vater B bittet und erhält bonorum poſſeſſionem, Namens des Blödſinnigen. Nun ſtirbt der Blödſinnige, ohne zuvor ſeinen Verſtand wieder zu bekommen. Auf wen fällt das großväterliche Vermögen? Nicht auf den Vater B, ſondern auf des Großvaters Bruder D. Denn dieſer würde ſuccedirt haben, wenn der Blödſinnige nicht vorhanden geweſen wäre. (*1) 4) Minderjährige und erklärte Verſchwender können ſelbſt antreten, nur muß es mit Einwilligung der Curatoren geſchehen. (*2) 5) Auch iſt in den neuen Geſetzen einem filio familias, wenn er mündig, *in ſecunda aetate* iſt, wie L. 8. §. 1. C. de bon. quae lib. ſagt, erlaubt, eine Erbſchaft auch gegen den Willen des Vaters anzutreten, und verordnet, daß dieſe Erbſchaft alsdann peculium adventitium extraordinarium werden ſolle. (*3)

(1) *Sande* Deciſ. Friſ. lib. 4. Def. 8. §. 9. Doch ſ. *Becmann* l. c. §. 32.

(2) In Anſehung der Verſchwender behaupten einige Juriſten, ſie könnten ohne die Einwilligung ihrer Pfleger antreten. Aber man ſ. *Reinold* varior. cap. 1.

(3) *Hombergk* diſſ. de diverſo iure patris in peculio adventitio, pro diverſa liberorum aetate ad L. 8. §. 3. C. de bon. quae lib. Marb. 1753.

§. 544. Wie geſchieht die Erbſchaftsantretung?

5) Die Erbesantretung muß freywillig geſchehen. Hat mich jemand dazu gezwungen, ſo iſt ſie nichtig. (*1) 6) Wem eine Erbſchaft zufällt, der muß ſie entweder ganz antreten, oder ganz ausſchlagen. Es geht nicht an, einen Theil anzutreten, und den andern auszuſchlagen. 7) Jede Erklärung, daß ich Erbe ſeyn wolle, iſt eine Erbesantretung. Aber den Beſitz der Erb-

ſchaft erhalte ich nicht anders, als durch die Apprehenſion. (§. 281.) 8) Man kann keine Erbſchaft durch einen **Bevollmächtigten** antreten. L. 26. und L. 90. D. de A. vel O. H. ſind die claſſiſchen Stellen, woraus dieſes erhellet. (* 2) Einige ſetzen den Grund dieſer Verordnung darin, weil die Erbesantretung ein feyerliches Geſchäft geweſen ſey, welche Art von Geſchäften in eigner Perſon hätten vorgenommen werden müſſen, und glauben daher, daß nach den neuen Geſetzen, und heutiges Tags die Erbesantretung durch einen Procurator geſchehen könne. (* 3) Aber richtiger ſagen andere: es iſt widerſprechend und widerſinnig, eine Erbſchaft durch einen Bevollmächtigten antreten zu wollen. Denn indem ich jemanden den Auftrag gebe, die Erbſchaft anzutreten, ſo erkläre ich ja ſchon, daß ich Erbe ſeyn wolle; ich habe folglich ſchon angetreten, was iſt alſo dem Bevollmächtigten noch zu thun übrig? Dazu kommt, daß Niemand eine Erbſchaft antreten kann, als wem ſie zugefallen iſt, (cui delata eſt.) Nun iſt ſie aber dem Procurator nicht zufallen. Wenn ich indeſſen einem auftrage, daß er ſich an den Ort begebe, wo die Erbſchaft iſt, den Maſſebeſtand unterſuche, und im Fall er es vortheilhaft finde, antrete: ſo kann man im gewiſſen Verſtand zwar ſagen, daß ich die Erbſchaft per procuratorem angetreten hätte. Allein Averanius am a. O. erinnert doch ganz richtig, daß auch in dieſem Falle die Erbſchaft nicht durch das **Factum des Procurators** erworben werde, ſondern durch den **Willen des Erben.** Die Erklärung des Procurators iſt zwar nothwendig, weil man daraus den Willen des Erben erſehen muß, und ehe ſie geſchieht, iſt die Erbſchaft nicht angetreten. Aber nicht jene **Erklärung**, ſondern dieſer **Wille** iſt doch der Grund der Erbſchaftsacquiſition. Der actus aditionis und adquiſitionis fängt doch nicht in der Perſon des Procurators an, wie in andern Fällen, der Procurator iſt im Grunde ein bloſſer nuncius. (* 4)

(1) *Marckart* interpret. Lib. 2. Cap. 13.

(2) Anderer Meynung ſind *Fackinaeus* controverſ. iur. lib. 6. cap. 96. *Duarenus* diſput. anniverſ. lib. 2. cap. 27. et commentar. ad tit. D. de A. vel O. H. cap. 4 und andere. Aber man ſ. *Hunn.* reſolut. lib. 2. Tract. 5. Quaeſt. 29. *P. Faber* ſemeſtr. lib. 2. cap. 22. *Donell.* in commentar. iur. civ. lib. 7. cap. 9. *Harpprecht* ad §. 7. Inſt. h. t. n. 19. ſqq. vorzüglich *Averan.* lib. 1. interpret. cap. 12.

(3) *Stryk* uſ. mod. tit. de A. vel. O. H. §. 7. ibique alleg.

(4) *Averan.* interpret. lib. 1. cap. 12. *Bardili* diſſ. de adit. heredit. th. 36.

§. 545. Sie kann nicht bedingter Weiſe geſchehen.

Die Erbſchaft kann 9) nicht **unter einer Bedingung** angetreten werden; z. E. unter der Bedingung **wenn** ſie *ſolvendo* **iſt**, das heiſt, wenn die

Schul-

Schulden das Vermögen nicht überſteigen würden. Den Grund dieſer Regel ſuchen viele darin, daß die Antretung der Erbſchaft eine feyerliche Handlung geweſen ſey, und dergleichen Handlungen nicht unter einer Bedingung geſchehen könnten. Allein 1) war nicht jede Erbſchaftsantretung mit Feyerlichkeiten begleitet, nur die *cretio* hereditatis war eine ſolenne Handlung, und 2) iſt es unerweißlich, daß alle feyerliche Handlungen unbedingt geſchehen müſſen. Der wahre Grund liegt alſo vielmehr darin, die Erbſchaftsantretung ſoll nach den Geſetzen eine gewiſſe und poſitive Declaration ſeyn. (*[1]) Dergleichen aber iſt eine bedingte Erklärung nicht. Dazu kommt, daß wenn die Bedingung weit ausſehend wäre, eine ſolche Antretung den Gläubigern und Legatarien, die auf ihre Exiſtenz oder Nichtexiſtenz warten müßten, höchſt präjudicirlich ſeyn würde. Wollte ich unter einer Reſolutivbedingung antreten: ſo könnte es geſchehen, daß ich heute Erbe wäre, und morgen nicht mehr. Wer aber einmal Erbe iſt, muß es immer bleiben. (§. 491.) Daher glaube ich auch nicht, daß heutiges Tags dieſes römiſche Geſetz wegfalle, und daß man bey uns eine Erbſchaft ſub conditione antreten könne, wie einige behaupten. (*[2])

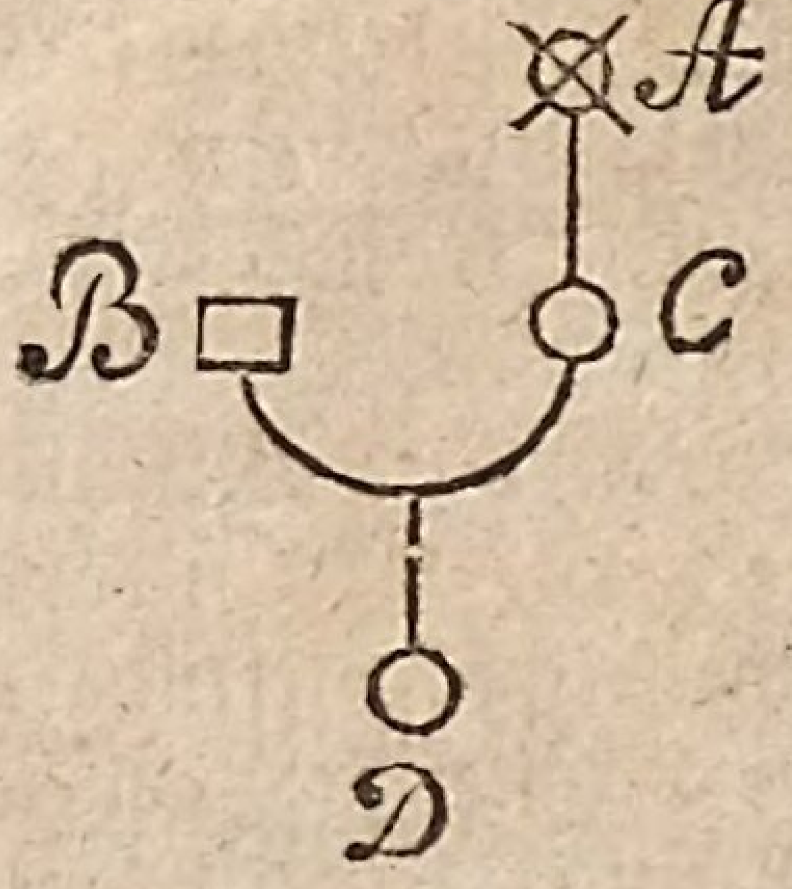
(1) *Iac. Gothofr.* ad L. 76. et 77. de R. I. Opuſc. p. 934. et 941.

(2) *Stryk* uſ. mod. tit. de A. vel O. H. §. 8. *Leyſer* ſp. 370. med. 9. Unſerer Meynung ſind *Mich. Godofr. Wernher* lectiſſ. commentat. ad pandect. tit de A. vel O. H. §. 12. *Georg Guil. Lud. Bechtold* diſſ. de hereditatis aditione conditionata (Giſſ. 1784.) §. 11. ſeqq.

§. 546. Wirkungen derſelben.

10) Wer eine Erbſchaft antritt, wird Eigenthümer davon, und kann ſie daher weiter auf ſeine Erben transmittiren. So lang ich aber noch nicht angetreten habe, bin ich noch nicht Eigenthümer der Verlaſſenſchaft. Gehe ich alſo vor der Antretung mit Tode ab: ſo haben meine Erben an jene Verlaſſenſchaft nichts zu prätendiren; ſo kann ich die Verlaſſenſchaft nicht transmittiren. Hereditas non adita non transmittitur. (*[1]) Transmiſſio hereditatis nemlich iſt die Devolution meines Erbrechtes auf meine Erben. Sie iſt von viererley Art; *ex iure ſuitatis, Theodoſiana, Iuſtinianea*, und *ex capite reſtitutionis in integrum*. a) Von der erſten iſt ſchon im §. 540. 4) gehandelt worden. b) Mit der Theodoſiana hat es folgende Bewandniß: Kinder, die nicht mehr in des Vaters Gewalt ſind, ſind zwar nicht ipſo iure Erben, ſie müſſen die Erbſchaft durch ein äuſſerliches Factum antreten. Wenn ſie indeſſen mit Tode abgehen, ehe

ſie angetreten haben, ſo transmittiren ſie doch die Erbſchaft auf ihre Deſcendenten, auf andere Erben nicht. Z. E.



A ſtirbt in einem entfernten Lande. Ehe der Sohn C, (der nicht mehr in väterlicher Gewalt ſtand,) davon Nachricht bekommt, ſtirbt er auch. Seine Erben ſind die Wittwe B und ſein Sohn D. Auf wen fällt die väterliche Verlaſſenſchaft? Auf den D allein, die Wittwe B bekommt nichts davon. Denn C hat ſeines Vaters Erbſchaft nicht angetreten, er transmittirt ſie alſo nur auf ſeine Deſcendenten. (*2) c) Iſt ein Erbe durch gerechte Urſachen verhindert worden, die Erbſchaft anzutreten, und ohne Antretung mit Tode abgegangen: ſo können ſeine Erben reſtitutionem in integrum bitten, und dadurch die Erbſchaft an ſich bringen. Dieß iſt die *transmiſſio ex capite reſtitutionis in integrum.* d) Von der Juſtinianeiſchen Transmiſſion wird im 548. §. gehandelt werden. 11) Sobald der Erbe angetreten hat, ſuccedirt er in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Verſtorbenen; hat das ius accreſcendi, muß aber auch die Schulden des Verſtorbenen bezahlen; und zwar, welches wohl zu bemerken iſt, wann ſie gleich das Vermögen überſteigen. Die Deutſchen ſagen im Sprichwort: wer 100 thlr. erbt, muß 1000 thlr. Schulden bezahlen. Iſt er Univerſalerbe, ſo bezahlt er alle Schulden allein; hat er aber Miterben, ſo zahlt er nach Verhältniß ſeiner Erbportion; erbt er nur z. E. die Hälfte: ſo bezahlt er die Schulden zur Hälfte u. ſ. w. 12) In der Erbſchaftsantretung liegt auch ein Quaſicontract mit den legatariis und fideicommiſſariis. Nemlich wer die Erbſchaft antritt, iſt ſchuldig, die legata und fideicommiſſa zu präſtiren, eben ſo, als wenn er es ausdrücklich verſprochen, als ob er darüber einen Contract mit den legatariis und fideicommiſſariis eingegangen hätte. Sie können daher eine Klage gegen ihn anſtellen, welche actio perſonalis ex teſtamento heiſt.

(1) Ausführlich erläutert dieſe Regel *Averanius* interpretat. Lib. 4. Cap. 4.

(2) Noch eine andere traſmiſſio Theodoſiana kommt in der L. 18. C. de iure delib. vor. S. *Duaren.* commentar. ad tit. D. de A. vel O. H. cap. 5. in Oper.

Oper. p. 453. *Harpprecht* diſſ. de transmiſſ. hereditatis a perſona extranea infanti delata, ad illuſtrat. L. 18. C. de iure delib. in Diſſ. acad. n. 47.

§. 547. Rechtswohlthaten des Erben.

Ein Erbe muß alle Schulden des Erblaſſers bezahlen. Es kann daher geſchehen, daß er keinen Vortheil, ſondern Schaden von der Erbſchaft hat; daß er in ſeine eigne Taſche greifen, und mit ſeinem Geld des Verſtorbenen Schulden bezahlen muß. Um ihn gegen dieſen Nachtheil in Sicherheit zu ſetzen, hat der Prätor das Recht zu deliberiren, und Juſtinian die Rechtswohlthat des Inventariums eingeführt; (*beneficium inventarii*, *beneficium legis et inventarii.*) Doch kann ſich ein Erbe beyder zugleich nicht bedienen, ſondern er muß ſich eine daraus wählen. (* 1)

(1) L. fin. C. de iure delib. *Rumpf* diſſ. de iure delib. et benef. invent. (Goett. 1777.) §. 32.

§. 548. Von der Deliberationszeit.

Das Recht zu deliberiren iſt das Recht, eine gewiſſe Zeitlang die Beſchaffenheit der Erbſchaft zu unterſuchen, und zu überlegen, ob es rathſam ſey, ſie anzutreten, oder auszuſchlagen. Der Erbe, der ſich dieſes Rechtes bedient, iſt befugt, den Zuſtand der Erbmaſſe (vires hereditatis) zu unterſuchen, die Papiere des Verſtorbenen einzuſehen, die Erbſtücke taxiren, die Gläubiger citiren zu laſſen, doch nicht bey Strafe der Präcluſion u. ſ. w.

Wie lange dauert aber das Recht zu deliberiren? Man unterſcheide folgende Fälle: 1) wenn mir eine Erbſchaft zufällt, und mich niemand treibt, mich zu erklären: ſo kann ich binnen dreyſig Jahren antreten. Laſſe ich aber dieſe verſtreichen: ſo iſt mein Recht auf die Erbſchaft durch Verjährung verloren. (* 1) 2) Wenn der Subſtitut, die Inteſtaterben oder die Gläubiger auf eine Erklärung dringen; ſo muß ich binnen einem Jahre declariren, ob ich antreten, oder repudiiren oder deliberiren will. Dieſes Jahr wird von dem Tage an gerechnet, da ich erfahre, daß mir die Erbſchaft zugefallen ſey. 3) Erkläre ich mich binnen dem Jahre nicht: ſo haben entweder ein Subſtitut, oder die Inteſtaterben, oder die Gläubiger auf die Erklärung gedrungen. In den beyden erſten Fällen bin ich meines Erbrechts verluſtig, die Erbſchaft fällt dem Subſtituten oder den Inteſtaterben zu. Im letzten Fall können mich die Gläubiger nöthigen, daß ich die Erbſchaft antrete. (* 2) Wenn ich aber binnen dem Jahre ohne Erklärung ſterbe: ſo können ſich meine Erben in dem Reſt des Jahrs erklären. 5) Erkläre ich, daß ich das

ſpatium deliberandi verlange: ſo muß ich darum bey dem Landesherrn oder der Obrigkeit bitten. Von dieſen hängt es ab, wie viel Zeit ſie mir noch zur Deliberation geben wollen; L. 1. D. de iur. delib. Doch giebt der Landesherr nicht mehr als **Ein Jahr**, die Obrigkeit **nicht mehr als neun Monate.** Eine kürzere Zeit können ſie geben, nur weniger nicht als **hundert Tage,** L. 2. D. eod. (*3) 6) Verſtreicht auch dieſe Zeit: ſo iſt Rechtens, was unter Num. 3. geſagt worden iſt. Verlangt nämlich ein Subſtitut oder Inteſtaterbe die Verlaſſenſchaft: ſo iſt mein Erbrecht verloren. Dringen aber Gläubiger auf ihre Zahlung: ſo muß ich Erbe werden. 7) Sterbe ich während dieſer Zeit: ſo können ſich meine Erben (wie im Fall Num. 4.) binnen dem Ueberreſt des Zeitraums erklären.

Man muß alſo wie einige Juriſten (*4) richtig erinnern, den **legaliſchen Termin,** um den der Erbe gar nicht zu bitten braucht, und der allezeit Ein Jahr in ſich faßt, von dem Zeitraum, den man vom Landesherrn oder der Obrigkeit bitten muß, und welcher höchſtens Ein Jahr oder neun Monate dauert, wohl unterſcheiden. Jeder Erbe kann Ein Jahr deliberiren; iſt ihm dieſes noch nicht genug: ſo muß er um ein zweytes ſpatium deliberandi einkommen. Auf dieſe Weiſe läßt ſich L. 19. Cod. mit der L. 22. §. 13. cit. vereinigen, und man braucht nicht mit **Voetius** (*5) anzunehmen, daß L. 22. der L. 19. derogire.

Nun wird ſich auch erklären laſſen, was *transmiſſio Juſtinianea* **iſt.** Wenn der Erbe binnen der legaliſchen oder erbetenen Deliberationsfriſt ſtirbt: ſo transferirt er auf ſeine Erben das Recht, ſich während dem Zeitreſt zu erklären. Dieſe **Transmiſſion** heiſt die **Juſtinianeiſche.**

(1) Anderer Meynung iſt *Toullieu* in diſſ. de luitione pignoris et rebus merae facultatis (§. 50.) ſeqq. in collectaneis pag. 137. Er hält die Erbesantretung für einen actum merae facultatis.
(2) *Koch* diſſ. de hered. deliberante §. 8. glaubt, daß wenn der Erbe innerhalb des Jahrs keine Erklärung gibt, er ſich nun ſogleich erklären müſſe.
(3) *Donell.* ad L. 22. C. de iure delib. p. m. 459.
(4) *Perez* ad Cod. Tit. de iure delib. n. 2. *Molinaeus* ad Cod. ibid. p. 287. *Chriſtinaeus* in deciſ. Belg. vol. 4. Deciſ. 22. n. 2. *Menken* ad Pand. tit. de iure delib. §. 1. *Wernher* Part. 7. obſ. 1.
(5) Ad Pand. tit. de iure deliber. n. 2.

§. 549. Von der Wohlthat des Inventariums.

Die **Rechtswohlthat des Inventariums** iſt das Recht, unter öffentlicher Autorität ein Verzeichniß über die Verlaſſenſchaft verfertigen zu laſſen,

und

und alsdenn nicht mehr Schulden bezahlen zu dürfen, als aus der Erbmaſſe bezahlt werden können. Der Erbe, welcher ſich dieſer Rechtswohlthat bedient, iſt alſo gegen allen Nachtheil völlig geſichert, noch weit beſſer als durch das Recht zu deliberiren. Denn er mag deliberiren, ſo lange er will: ſo kann es doch geſchehen, daß er Schaden leidet, weil ſich erſt nach geſchehener Erbantretung heimliche Schulden entdecken, welche das Vermögen überſteigen. Wer ſich aber des beneficii legis et inventarii bedient, der waget nichts. Das römiſche Recht erfordert übrigens zu einem legalen Inventarium 1) daß es binnen 30 Tagen, (von dem Augenblick an, da der Erbe den Anfall der Erbſchaft vernommen hat,) zu rechnen, angefangen; 2) innerhalb den folgenden 60 Tagen, oder wenn Hinderniſſe vorwalten, binnen Einem Jahre vollendet werde. 3) Daß man Tabellionen dazu nehme, Leute, die eine Aehnlichkeit mit unſern kaiſerlichen Notarien hatten; 4) daß die legatarii und Gläubiger dazu vorgeladen; oder 5) wenn dieſe abweſend ſind, drey Zeugen zugezogen werden; 6) daß der Erbe das Inventarium unterſchreibe, und den Betrag des Vermögens bemerke, oder wenn er nicht ſelbſt ſchreiben kann, dieß durch einen Tabellio verrichten laſſe.

Dieſe Vorſchriften aber werden heutiges Tags nicht beobachtet; ſondern die Obrigkeit, oder (wiewohl dieß ſelten geſchieht) ein Notarius macht das Inventarium, verſiegelt daher ſogleich nach dem Tode des Erblaſſers das Vermögen; reſignirt gewöhnlich nach vier Wochen wieder, und ſtellt nun das Verzeichniß der ganzen Verlaſſenſchaft, das heiſt, der ausſtehenden Schulden, der Immobilien, des baaren Geldes und der Mobilien auf; ohne die legatarios oder creditores zu citiren, und ohne die übrigen römiſche Erforderniſſe zu beobachten.

In Sachſen iſt eine beſchworne Privatdeſignation eben ſo wirkſam, als ein öffentliches Inventarium, das heiſt, wenn der Erbe ohne Zuziehung der Obrigkeit, für ſich ein Verzeichniß der Erbſtücke macht, und dieſes beſchwört: ſo iſt er nicht verbunden, mehr Schulden zu bezahlen, als die Erbmaſſe vermag. Auſſer Sachſen aber iſt (* 1) nach der richtigern Meynung eine ſolche Privatdeſignation dazu nicht hinreichend. (* 2)

(1) Wie *Leyſer* ſp. 365. med. 1. *Carrach* diſſ. de diff. iur. rom. et Germ. in beneſic. ſeparat. pag. 21. und andere glauben.

(2) *Puſendorf* Tom. 2. obſ. 101. §. 2. *Reinharth* ad *Chriſtin.* Vol. 4. Obſ. 30. p. 29. ſqq. Struben rechtl. Bed. 3. Theil. 314. S.

§. 550.

§. 550. Von der Repudiation.

Wenn jemand erklärt, daß er die ihm angefallene Erbſchaft nicht haben wolle: ſo ſagen die römiſche Rechtsgelehrten: *repudiat hereditatem.* Dieſe Repudiation geſchieht entweder durch Worte, oder durch Werke. Im erſten Fall heiſt es im eigentlichen Verſtande *repudiat*, im letzten *omittit.* Wer übrigens eine Erbſchaft antreten kann, iſt auch befugt, ſie zu repudiiren, und gleichwie ich keine Erbſchaft antreten kann, ehe ſie mir angefallen iſt, eben ſo kann ich ſie auch nicht eher repudiiren. Wenn ich alſo a) noch bey Lebzeiten des Verſtorbenen erklärt hätte, daß ich ſeine Erbſchaft nicht haben möge; oder b) unter einer Bedingung eingeſetzt bin, und vor deren Erfüllung äuſſere, daß ich nicht erben wolle; oder c) während der Zeit, daß der nähere Erbe deliberirt, eine ſolche Erklärung thue, (z. E. wenn während dem, daß der Teſtamentserbe deliberirt, ich der Inteſtaterbe mich verlauten laſſe, ich verlange die Erbſchaft nicht:) ſo ſind alle dieſe Aeuſſerungen ohne Wirkung, und ich kann dem ohngeachtet die Erbſchaft antreten.

TIT. XX.

De legatis.

§. 551. Uebergang zu dieſer Materie.

Wir haben bisher von den Erbſchaften gehandelt, welche einem aus Teſtamenten zufallen. In einem Teſtament aber wird nicht allein ein Erbe ernennt; ſondern der Teſtator verordnet auch gewöhnlich Vermächtniſſe darin. Deswegen handeln die Verfertiger der Inſtitutionen in gegenwärtigem Titel die Lehre von den Vermächtniſſen ab.

§. 552. Was iſt legatum und fideicommiſſum?

Was iſt alſo ein Vermächtniß? Man bemerke, wenn ich jemanden in einem letzten Willen etwas verlaſſe: ſo geſchieht es entweder befehlsweiſe, (per verba imperativa;) oder bittweiſe, (verbis precativis;) das heiſt, ich erſuche den, welchem ich etwas hinterlaſſe, einem andern etwas zu präſtiren. Im letzten Falle iſt ein Fideicommiß vorhanden.

Im-

Im erſten aber ernenne ich entweder einen zum allgemeinen Nachfolger, (ſucceſſore univerſali;) oder nur zu einem beſondern, (ſucceſſore ſingulari.) Ich ernenne einen nämlich zum allgemeinen Nachfolger, wenn ich verordne, 1) daß er mein ganzes Vermögen, oder eine *partem quotam* (*1) mit dem iure accreſcendi haben; aber auch 2) Schulden bezahlen ſoll.

Alſo ſucceſſor univerſalis iſt nicht das, was man im deutſchen Univerſalerben nennt. Nein, wenn ich drey Erben ernenne, ſo iſt jeder ſucceſſor univerſalis; denn jeder bekommt partem quotam, und hat, wenn die andern wegfallen, das ius accreſcendi. Hingegen ſucceſſor ſingularis iſt, wer 1) nur eine einzelne Sache, oder mehrere einzelne Sachen, oder partem quotam der Erbſchaft, oder partem quantam daraus erhält; 2) ſo, daß er keine Schulden daraus bezahlt, und 3) kein ius accreſcendi in der Erbſchaft hat; das heiſt, wenn gleich ein Erbe, oder auch alle Erben wegfallen, darum doch nicht Erbe wird.

Jener, der befehlsweiſe ernennte ſucceſſor univerſalis, heiſt *heres directus*; dieſer, der befehlsweiſe beſtimmte ſucceſſor ſingularis, heiſt *legatarius*.

Das Fideicommiß iſt dreyerley, entweder *univerſale* oder *particulare* oder *ſingulare*. Wenn ich meinen Erben erſuche, die ganze Erbſchaft an einen andern zu reſtituiren: ſo iſt es fideicommiſſum univerſale; wenn ich ihn bitte, jemanden einen partem quotam abzutreten: ſo iſt es particulare; und wenn ich endlich bitte, eine einzelne Sache an einen andern zu überlaſſen: ſo iſt es ſingulare. Wiewohl andere beſſer und dem römiſchen Sprachgebrauch gemäſſer, nur zwey Gattungen annehmen, univerſale und particulare ſive ſingulare. Sie nennen nemlich univerſale fideicommiſſum, wenn der Erbe gebeten wird, die ganze Erbſchaft oder partem quotam zu reſtituiren, und particulare ſive ſingulare, wenn er eine einzelne Sache herausgeben ſoll.

Der heres directus und der legatarius ſind alſo von einem fideicommiſſario leicht zu unterſcheiden. Nach dem alten römiſchen Recht waren ſie ſchon durch die Formeln unterſchieden. Der heres directus und legatarius wurden *verbis imperativis*, der fideicommiſſarius aber *verbis precativis* ernennt. Nach den neuen Geſetzen, und heutiges Tages, da man die Formeln nicht mehr hat, unterſcheiden ſie ſich noch immer dadurch: wenn ich die Erbſchaft unmittelbar aus den Händen des Erblaſſers bekomme, ſo bin ich *heres directus*; erhalte ich unmittelbar von ihm ein *emolumentum ſingulare*, ſo bin ich *legatarius*; endlich wenn ich die Erbſchaft, oder einen Theil, oder ein Stück derſelben aus den Händen eines andern bekomme, ſo heiſſe ich *fideicommiſſarius*. Z. E. Jemand macht folgendes Teſtament:

Kkk 1) Der

1) Den A. ſetze ich zu meinem Erben ein: A. iſt heres directus.

2) Er ſoll aber die Erſchaft nur lebenslang beſitzen und genieſſen. Nach ſeinem Abſterben ſoll ſie auf den B. fallen. B. iſt heres fideicommiſſarius.

3) Doch ſollen alsdenn auch 1000 Rthlr. an den C. ausgezahlt werden. C. iſt fideicommiſſarius ſingularis.

4) Dem D. vermache ich mein Haus. D. iſt legatarius.

5) Er ſoll es aber gleichfalls nur lebenslänglich haben. Nach ſeinem Tode ſoll es E. bekommen. E. iſt fideicommiſſarius ſingularis.

Dieſes vorausgeſetzt, wird es leicht ſeyn, den römiſchen Begriff des *legati* oder Vermächtniſſes zu beſtimmen. Zuweilen bedeutet dieſes Wort einen letzten Willen, worin jemand durch Imperativworte zum ſucceſſore ſingulari ernennt, oder welches einerley iſt, ihm ein emolumentum ſingulare hinterlaſſen iſt, welches er unmittelbar aus den Händen des Erblaſſers bekommen ſoll. Zuweilen aber wird das emolumentum ſingulare ſelbſt, das einem durch Imperativworte in einem letzten Willen verlaſſen wird, legatum, Vermächtniß genennt.

(1) *Pars quota* heiſt ein Theil der Erbſchaft, der blos relativiſch gewiß und beſtimmt iſt, weil ſein Verhältniß zum ganzen angegeben iſt, oder, wie *Leyſer* ſp. 361. med. 3. ſagt, pars quota eſt pars per diviſionem determinanda. Z. E. wenn ich ſage, A. ſoll ein Drittel, ein Viertheil meines Vermögens haben: ſo bekommt er partem quotam. Pars quanta aber iſt ein Theil der abſolut beſtimmt iſt, eine Quantität, eine Summe, z. E. B. ſoll 1000. Rthlr. haben.

§. 553. Unterſchied der Legate und Fideicommiſſe.

Nach dem alten römiſchen Recht war ein groſſer Unterſchied zwiſchen legatis und fideicommiſſis particularibus oder ſingularibus. 1) Die legata konnten nur in in einem Teſtament, oder in Codicillen, die im Teſtament beſtätigt waren, verlaſſen werden; fideicommiſſa aber auch in nicht beſtätigten Codicillen; ja durch einen bloſſen Wink, wenn die Krankheit den Diſponenten am Reden hindert, und er ſchon zuvor ſeinen Willen durch Worte er-

klärt

klärt hat. (*1) 2) Die legata konnten nur in lateiniſcher Sprache verordnet werden, Fideicommiſſe auch in griechiſcher. Denn die legata wurden durch gewiſſe **Formeln** ausgedrückt, dieſe aber waren lateiniſch. 3) Die legata wurden nach dem ſtrengen Rechte erklärt, die Fideicommiſſe nach der Billigkeit.

(1) Doch ſ. man *Athanaſ. Oteyza* et *Olano* paralipom. et elect. iur. civ. lib. 2. cap. 2. in *Meermann.* theſaur. Tom. I. p. 429.

§. 554. Vier Gattungen der Legate nach dem alten Recht.

Die legata waren von viererley Art 1) *per vindicationem.* Wenn man die Formeln brauchte: Titio do, lego; Titius ſumito, capito, habeto, ſibi vindicato. 2) *Per damnationem*, wenn der Teſtator ſagte: heres damnas (das iſt damnatus) eſto dare; oder heres dato, facito, heredem dare, facere iubeo. 3) *Per praeceptionem.* Wenn man einem Miterben etwas vor den übrigen voraus vermachte. Die Formel war: heres praecipito, praecipuam rem accipito. (§. 588. n. 10.) 4) *Sinendi modo.* Der Teſtirer ſagte: heres ſinito legatarium ſumere vel habere.

Der Unterſchied zwiſchen dieſen Vermächtniſſen war: wenn ich einem etwas per vindicationem vermachte: ſo wurde er Eigenthümer, und zwar dominus Quiritarius, von der Zeit der Erbſchaftsantretung an, und konnte daher eine **Realklage** auf das Vermächtniß anſtellen. Hatte ich einem aber etwas per damnationem oder ſinendi modo vermacht: ſo konnte er nur gegen den Erben eine **Perſonalklage** aus dem Teſtament anſtellen. Endlich, wenn ich einem Miterben etwas per praeceptionem vermacht hatte: ſo konnte er auf dieſes Vermächtniß die andern Miterben actione familiae heriſcundae belangen. (§. 708.)

§. 555. Neues Recht.

In den neuen Geſetzen iſt 1) der Unterſchied zwiſchen legatis und fideicommiſſis ſingularibus aufgehoben; das heiſt, ſie ſind zwar noch immer theoretiſch unterſchieden, und es giebt Fälle, wo die Frage ſehr wichtig iſt, ob das, was ich aus aus einem letzten Willen erhalten ſoll, ein Legat oder Fideicommiß ſey; aber beyde haben einerley Rechte und Wirkungen. Ich ſage, zuweilen kommt viel darauf an, zu beſtimmen, ob das, was mir Jemand hinterlaſſen hat, ein Legat oder Fideicommiß ſey. **Pufendorf** (*1) hat einen Fall dieſer Art. Ein Teſtator ſagte: **wenn mein Erbe ohne Kinder ſterben wird: ſo ſollen 1000 Rthlr. an meine nächſte Verwandte, die Brüder N. fallen.** Dieſe 1000 Rthlr. waren kein Legat, ſondern ein Fidei-

commiß. Denn ſie giengen erſt durch die Hand des Erben, ehe ſie an die Brüder N. kamen. In der Folge machte der Teſtator eine neue Diſpoſition, und widerrief alle *legata*, welche er vorher verordnet hatte. Waren hierdurch die 1000 Rthlr. den Brüdern N. auch entzogen? Nein. 2) Auch der Unterſchied zwiſchen einem legato per vindicationem, damnationem, praeceptionem und ſinendi modo hat keinen practiſchen Nutzen mehr. Nur in dem einzigen Fall, wenn ich einem ein genus vermache, und die Frage entſteht, wer die Wahl habe; ſo kommt noch etwas auf die Formel an, der ſich der Teſtator bedient hat. Man ſ. den 569. §.

(1) *Puſendorf* Obſ. Tom. 4. obſ. 9.

(2) *Galvanus* de uſufr. cap. 14. erzählt die Geſchichte dieſer Gleichſtellung der Legate und Fideicommiſſe ausführlich.

§. 556. Dreyerley Arten ein Vermächtniß und Fideicommiß zu hinterlaſſen.

Daher können legata und fideicommiſſa ſingularia heutiges Tags auf dreyerley Art hinterlaſſen werden; 1) in einem Teſtament; 2) in Codicillen; 3) durch einen mündlichen Befehl an den Erben. Im erſten Fall ſind die Erforderniſſe der Teſtamente nöthig; im zweyten Fall müſſen die Regeln der Codicille beobachtet werden; im letzten Fall ſind gar keine Solennitäten erforderlich, ſondern es iſt genug, daß der Erbe bey dem Teſtator gegenwärtig iſt, und dieſer das Vermächtniß oder Fideicommiß ihm mündlich auflegt. (§. 618.)

§. 557. Wer kann legiren?

Die Vermächtniſſe und Fideicommiſſe ſtimmen mit der Erbeseinſetzung 1) darin überein: wer ein Teſtament machen und einen Erben einſetzen kann, iſt auch befugt, Vermächtniſſe und Fideicommiſſe zu hinterlaſſen; und 2) wer nicht teſtiren kann, iſt auch nicht im Stande, ein Vermächtniß oder Fideicommiß anzuordnen. Das Verzeichniß der Perſonen, die nicht teſtiren können, haben wir im Titel quibus non eſt permiſſum facere teſtamentum erhalten. Alles dort geſagte iſt alſo hier zu wiederholen.

§. 558. Wem kann legirt werden?

1) Wer im Teſtament nicht zum Erben ernennt werden kann, der kann auch keine Vermächtniſſe und fideicommiſſa ſingularia erhalten. Ein einziges Vermächtniß iſt ausgenommen, das Vermächtniß der Alimente. Dann dieſes kann auch ſolchen Perſonen hinterlaſſen werden, die man nicht zu Erben

einſetzen

einſetzen kann. Z. E. ein Ketzer kann nicht zum Erben ernennt werden, aber die nothdürftige Alimente kann man ihm vermachen. Denn die Geſetzgeber ſind doch ſo tolerant, daß ſie auch keinen Ketzer wollen Hungers ſterben laſſen. Alle Perſonen, welche Erben ſeyn können, können auch Vermächtniſſe erhalten; alſo 4) auch ungewiſſe Perſonen, wenn ſich, wie oben (§. 485.) ſchon geſagt iſt, die Ungewißheit nur heben läßt. 5) Die Armen. 6) Städte. 7) Erlaubte Collegia. 8) Ein poſthumus alienus, das heiſt, ein noch nicht gebohrnes Kind, das, wenn es zur Welt kommt, kein ſuus heres des Teſtators iſt. Nach den alten römiſchen Geſetzen gieng dieß nicht an, weil man einen ſolchen Poſthumus als perſonam incertam betrachtete. 10) Unnütz iſt das Vermächtniß, welches ich dem Sklaven meines Erben vermache. Denn der Sklave kann nichts eignes haben; das Vermächtniß fällt alſo wieder auf den Erben zurück. Nur alsdenn iſt es wirkſam, wenn ich dem Sklaven des Erben auf den Fall, daß er freygelaſſen wird, etwas vermache.

Aus gleichen Gründen wäre auch ein Vermächtniß unnütz, das ich meinem **Univerſalerben** hinterlaſſen wollte. Denn er bekommt ja ohnehin die ganze Erbſchaft. Wenn ich aber **mehrere Perſonen** einſetze, und einer derſelben etwas zum voraus vermache: ſo iſt das Vermächtniß nützlich, es heiſt *praelegatum*.

Von dieſen praelegatis iſt der wichtige und folgenreiche Satz zu bemerken; der Miterbe bekommt nur einen Theil des Prälegats als Legatar, den andern Theil bekommt er als **Erbe**. Einen eben ſo großen Theil als er von der Erbſchaft erhält, bekommt er auch als **Erbe** vom Prälegat. Z. E. Wenn drey Miterben ſind, und einem von ihnen, dem A. 600 Rthlr. prälegirt werden, ſo bekommt er nur $\frac{2}{3}$, alſo 400 Rthlr. als Legatar; $\frac{1}{3}$ oder 200 Rthlr. behält er als Erbe. Die 400 Rthlr. nemlich werden ihm von ſeinen Miterben bezahlt, dieſe ſind alſo ein wahres und gültiges Legat. Hingegen die übrige 200 Rthlr. müßte er ſich ſelbſt bezahlen, ſie ſind ein legatum heredi a ſe ipſo relictum. Dieſes aber iſt ungereimt; A. zahlt alſo dieſe 200 Rthlr. nicht als ein Legat aus, ſondern behält ſie als Erbe. L. 18. §. ult. ad SC. Trebell. L. 91. D. ad L. Falcid. Doch iſt dieſe Regel nur von dem Falle zu verſtehen, wenn das Prälegat einem Miterben aus **der ganzen Erbſchaft** verlaſſen iſt. Denn wenn ein **Miterbe von ſeiner Erbportion** dem andern Miterben das Prälegat auszahlen ſoll, z. E. es heiſt, A und B ſollen meine Erben ſeyn, A aber ſoll von ſeinem Theil 100 Rthlr. an den B abgeben; ſo bekommt der Miterbe B **das ganze Prälegat** als legatarius. (*1)

(1) *Hert.* diſſ. de praelegat. §. 14. in opuſc. Vol. I. Part. 3. p. 215.

§. 559.

§. 559. Wem kann ein Legat auferlegt werden?

Jeder, der etwas aus meiner Verlaſſenſchaft erhält, kann auch mit legatis und fideicommiſſis b ſchwert werden; alſo nicht nur der Erbe, ſondern auch der legatarius und fideicommiſſarius, und deren Erben; das heiſt, ich kann einem ein Vermächtniß hinterlaſſen, und ihm befehlen, daß er, oder ſeine Erben wieder ein anderes Vermächtniß bezahlen ſoll; z. E. ich kann ſagen: A. ſoll mein Landgut haben, aber an meine Witwe ein Vermächtniß von 1000 Rthlr. bezahlen. Nach dem alten römiſchen Recht konnte man nur den fideicommiſſariis dergleichen aufgeben, nicht den legatariis. Nur verſteht ſichs von ſelbſt, daß der Werth deſſen, was ich einem vermache, mehr betragen muß, als das, was er abgeben ſoll. Z. E. das Landgut muß mehr als 1000 Rthlr. werth ſeyn, ſonſt wird es der legatarius nicht annehmen. Auch muß ich keinem eine Sache vermachen, die ſchon ſein iſt. Der Fall wird ſich nicht leicht zutragen, doch iſt er möglich. Man ſtelle ſich z. E. vor, daß A. ein Haus miethsweiſe bewohnt, daß er es nachher kauft, daß ich, ohne von dieſem Kaufe etwas zu wiſſen, ein Teſtament mache, und meinem Erben aufgebe, es für den A. zu kaufen. Ein ſolches Vermächtniß iſt ohne allen Nutzen. Der legatarius kann weder die Sache ſelbſt, denn dieſe iſt ſchon ſein, noch den Werth derſelben verlangen. Auch ſelbſt alsdenn bleibt das Vermächtniß ungültig, wenn A. ſein Haus nachher wieder verkauft; denn ein Vermächtniß, das von Anfang nicht gilt, kann vermöge der Catonianiſchen Regel nie gültig werden. (§. 482.) Ein anders iſt zu behaupten, wenn ich einem eine Sache auf den Fall, unter der Bedingung vermache, woſern er ſie alieniren wird. Z. E. ich ſage im Teſtament: weil ich fürchte, daß den A. ſeine Schulden nöthigen werden, ſein Haus zu verkaufen: ſo will ich, daß im Fall dieſes wirklich geſchieht, mein Erbe das Haus wieder kaufen, uud dem A. überliefern ſoll. Dieſes Vermächtniß iſt gültig. Denn die Catonianiſche Regel gilt bey bedingten Vermächtniſſen nicht.

§. 560. Welche Sachen können legirt werden.

Alle Sachen, die ſchon exiſtiren, oder in Zukunft exiſtiren können, ſind ein Gegenſtand der Vermächtniſſe; ſie mögen körperlich oder unkörperlich ſeyn. Ich kann einem alſo die Jagdgerechtigkeit, das Zehendrecht, eine Summe Geld, ausſtehende Schulden, und jede andere unkörperliche Sache (§. 340.) vermachen. Nur muß die Sache in commercio legatarii, das heiſt, er muß berechtigt ſeyn, ſie zu acquiriren und zu alieniren. Allein kann er denn, wenn die Sache nicht in ſeinem commercio iſt, nicht die Aeſtimation fordern? Man diſtinguire: entweder iſt die Sache überhaupt nicht in commercio, oder nur

in

in commercio des legatarii nicht. Im erſten Fall kann der legatarius gar nichts fordern, z. E. wenn ich einem den öffentlichen Marktplatz, das Rathhaus, einen gemeinen Wald vermachte. Wie aber, wenn andere die Sache an ſich bringen können, und nur der legatarius dazu nicht befugt iſt? Z. E. in den meiſten deutſchen Provinzen können die Juden keine liegende Güter beſitzen; was iſt alſo Rechtens, wenn ich einem Juden dergleiche vermache? Viele Juriſten (*1) glauben, daß auch in dieſem Fall der legatarius den Werth nicht fordern könne; aber Beauſin und Püttmann (*2) haben das Gegentheil bewieſen.

(1) *Otto* ad §. 4. I. h. t. *Maianſius* diſp. iur. Tom. 1. pag. 351. *Coccejî* iur. controv. h. t. Qu. 14. *Walch* controverſ. p. 190. ſqq.

(2) *Beauſin* diſp. ad L. 40. de legat. I. in *B. Branchu* obſervat. ad ius rom. pag. 197. ſqq. *Puttmann* adverſar. Lib. 1. Cap. 3. S. auch *Reinharth* ad *Chriſtin.* Vol. 1. Obſ. 64.

§. 561. Auch zukünftige Sachen können vermacht werden.

Daß die vermachte Sache ſchon wirklich exiſtire, iſt nicht erforderlich. Ich kann einem auch etwas vermachen, das künftig erſt exiſtiren wird; z. E. den Wein, das Getraide, das auf meinen Ländereyen im künftigen Jahre wachſen, das Kind, das meine Sklavin gebähren, die Ausbeute, die künftig aus meinem Bergwerk gewonnen wird.

Wenn ich einem Früchte aus einem gewiſſen Gute vermache, z. E. Wein aus meinem Weinberge, und in dieſem Gute nichts wächſt; alſo die Frage entſteht, ob der Legatar die Früchte nicht anderwärts her verlangen könne: ſo muß man folgenden Unterſchied machen: entweder iſt das Gut nur demonſtrationis cauſa benennt, das heiſt, Gut und Früchte kommen in zwey verſchiedenen Sätzen vor; z. E. ich vermache dem A ein Stück Wein, — (erſter Satz;) das aus meinem Weinberge im künftigen Jahre kann genommen werden, — (zweyter Satz;) Oder das Gut iſt taxationis cauſa genennt, das heiſt, Gut und Früchte ſind in einem Satz zuſammen gefaßt; z. E. ich vermache dem A ein Stück künftigjährigen Wein aus meinem Weinberge. Im erſten Fall kann A das Stück Wein fordern, in meinem Weinberge mag in dem beſtimten Jahre etwas oder nichts wachſen. Aber im zweyten Fall bekommt der Legatar nichts, wenn im Weinberge nichts wächſt. (*1)

(1) S. von dieſem Unterſchied *Averan*, interpret. lib. 2. cap. 27.

§. 562. Und fremde Dinge.

Nicht nur Sachen, die mein eigen ſind, ſondern auch fremde kann ich vermachen. Wenn ich einem nemlich eine Sache legire, die nicht mein gehört: ſo weiß ich entweder, daß ſie einem andern gehöre, oder nicht. Es kann ſeyn, daß eine Sache unter den Meinigen iſt, daß ich geglaubt habe ſie gehöre mein; in dieſer Meynung ſie vermache; ſich nach meinem Tode aber zeigt, daß ſie einem andern gehört. In dieſem Falle gilt das legatum nicht. Denn es iſt zu vermuthen, wie Juſtinian im §. 4 h t. ſagt, daß ich die Sache nicht würde legirt haben, wenn ich gewußt hätte, daß ſie nicht mein iſt. Entſteht übrigens Zweifel, ob ich dieß gewußt habe, oder nicht: ſo muß der legatarius den Beweiß der Wiſſenſchaft führen. Denn jede Wiſſenſchaft iſt, wie die Juriſten reden, facti; facta aber werden nicht präſumirt, ſie müſſen erwieſen werden. Wie aber, wenn ich gewußt habe, daß die Sache einem andern gehöre, und ſie doch vermache? Z. E. A. bewohnt ein Haus als Miethsmann, das dem B. eigen iſt. Ich vermache es dem A. In dieſem Fall iſt das Vermächtniß gültig. Mein Erbe nemlich muß das Haus kaufen, und es dem Legatar übergeben. Iſt es aber dem Eigenthümer nicht feil, oder hält er es zu hoch: ſo muß der Erbe dem Legatar den Werth bezahlen. Noch ein Fall iſt zu überlegen übrig. Ich vermache einem eine Sache, die nicht mein gehört; ehe ich ſterbe, bringt er ſie an ſich; z. E. nachdem ich dem A. das Haus vermacht habe, acquirirt er es eigenthümlich. Hier iſt zu diſtinguiren: entweder erhält er es umſonſt, (titulo lucrativo adquirit;) es wird ihm z. E. geſchenkt; oder er erlegt den Werth dafür, (titulo oneroſo adquirit;) er kauft es z. E. oder bekommt es durch Tauſch. Wenn er es titulo lucrativo erhalten hat: ſo kann er von meinem Erben nichts weiter verlangen; denn meine Abſicht war, er ſollte es umſonſt bekommen, und dieſe iſt erfüllt. Dieß drücken die Juriſten durch die Regel aus: duae cauſae lucrativae in eundem hominem, et eandem rem concurrere non poſſunt. Bringt er es hingegen oneroſe an ſich: ſo kann er von meinem Erben die Erſtattung des Werthes fordern. Denn meine Abſicht iſt, er ſoll es eigen und umſonſt haben. Der erſte Theil dieſer Abſicht iſt erreicht, aber der lezte noch nicht.

§. 563. Desgleichen unkörperliche. Vom legato nominis und liberationis.

Wir haben im §. 560. gehört, daß auch unkörperliche Sachen legirt werden können. Dergleichen Vermächtniſſe ſind: *legatum nominis*, *liberationis* und *debiti*. (S. die 36. Tabelle.) Wenn ich nemlich einem eine Schuldforderung vermache; ſo iſt es entweder a) eine Activ- oder b) eine

Paſſiv-

Paſſivſchuld; eine Activſchuld, wenn ich das vermache, was ich zu fordern habe; Paſſivſchuld, wenn ich legire, was ich zu bezahlen habe. Im erſten Fall legire ich entweder einem das, was ich an ihn ſelbſt zu fordern habe, (legatum liberationis;) oder was mir ein dritter ſchuldig iſt, (legatum nominis.) Geſetzt alſo A. iſt mir 1000 Rthlr. ſchuldig; ich ſage in meinem Teſtament: die 1000 Rthlr. welche mir A. ſchuldig iſt, ſollen ihm hiermit vermacht, und er alſo von dieſer Schuld frey ſeyn. Dieß iſt ein legatum liberationis. Hingegen wenn ich ſage: die 1000 Rthlr. welche ich in der Londner Bank ſtehen habe, vermache ich dem A. ſo iſt es legatum nominis. Wenn ich jemanden eine Paſſivſchuld legire: ſo vermache ich ihm entweder das, was ich ihm ſelbſt, oder das, was ich einem Dritten ſchuldig bin. Das letzte Vermächtniß wäre ungereimt. Wenn ich einem aber das vermache, was ich ich ihm ſelbſt ſchuldig bin: ſo heiſt es *legatum debiti*; und dieſes hat zuweilen ſeinen Nutzen, wie der folgende §. zeigt. Wir kehren zum legato nominis zurück. Wenn ich einem das vermache, was mir ein Dritter, z. E. 1000 Rthlr. die mir A. ſchuldig iſt: ſo kann der legatarius von meinem Erben fordern, daß er ihm *actiones* cedire: das heiſt, daß er ihm eine Vollmacht gebe, die 1000 Rthlr. von dem A. einzufordern. (§. 991.) Ohne eine ſolche Ceſſion kann nach dem alten römiſchen Recht der legatarius gegen den Schuldner A. nicht klagen. Denn Perſonalklagen kann nur der anſtellen, der ſie zuerſt acquirirt hat, und ſein Erbe, weil er mit dem Verſtorbenen Eine Perſon iſt. Nach den neuern Geſetzen, aber iſt die Ceſſion nicht nöthig. Den dieſe haben den Grundſatz aufgeſtellt: wenn jemand ſchuldig iſt, mir eine Klage zu cediren; ſo kann ich ſie anſtellen, obgleich die Ceſſion nicht wirklich geſchehen iſt. Näher wird ſich dieß im 1091. §. aufklären.

Das legatum liberationis hat die Wirkung a) daß der Erbe ſchuldig iſt, dem legatario ſeinen Schuldſchein zurückzugeben; b) daß wenn der Erbe den Legatar auf die Schuld belangen wollte, dieſer ihm exceptionem doli entgegen ſetzen könnte. Alſo nach dem ſubtilen und ſtrengen römiſchen Recht kann der Erbe den Legatar auf die Schuld belangen, ob der Teſtator ſie gleich durch das Vermächtniß erlaſſen hat. Weil aber dieſes ſtrenge Recht gegen alle Vernunft und Billigkeit iſt: ſo hat man dem Legatar die exceptionem doli verſtattet.

Noch iſt die Frage übrig, was iſt Rechtens, wenn dem Teſtirer die legirte Activſchuld abgetragen wird, geht dadurch das Vermächtniß zu Grunde? Z. E. ich vermache dem A. die 1000 Rthlr. die er mir ſchuldig iſt, vor mei-

nem Abſterben aber legt er das Capital ab. Oder ich vermache einem die 1000 Rthlr. die ich in der Londner Bank ſtehen habe, und ehe ich ſterbe, nehme ich das Capital heraus. Kann der Legatar demungeachtet das Vermächtniß fordern? Man diſtinguire: entweder kündige ich die Schuld auf; oder der Schuldner legt ſie freywillig ab. Im letzten Fall iſt das Vermächtniß nicht aufgehoben. Im erſten aber habe ich entweder aus Noth die Schuld aufgekündigt, weil ich das Geld brauchte; oder ohne Noth. Wenn ich aus Noth aufkündige: ſo bleibt das Vermächtniß gültig; habe ich es aber ohne Noth gethan: ſo iſt das Legat ſtillſchweigends revocirt. Man glaubt, daß ich die Schuld *animo adimendi legatum*, d. i. in der Abſicht aufgekündigt habe, um das Vermächtniß ungültig zu machen. Die zu dieſem §. gehörige Tabelle wird denſelben noch deutlicher machen.

§. 564. Vom legato debiti.

Wenn das legatum debiti von Wirkung ſeyn ſoll: ſo muß der Legatar Vortheil daraus ziehen können, (plus ſit in legato quam in debito.) Denn kann er dieß nicht: ſo iſt das Vermächtniß unnütz. Der Vortheil kann von verſchiedener Art ſeyn. 1) Wenn der Erblaſſer etwas nur **bedingt**, (ſub conditione) **oder nach einer Zeit** (ex die) ſchuldig war, und er vermacht mir es ohne Bedingung (pure) und ſogleich: ſo iſt der Vortheil offenbar. 2) Kann er darin liegen, daß ich durch das Legat eine Hypothek bekomme; da meine Forderung blos perſonal war. Z. E. wenn die Schuld aus einem Darlehen, das der Erblaſſer von mir bekommen hat, herrührt: ſo giebt ſie mir ihrer Natur nach blos eine Perſonalklage gegen den Erblaſſer und ſeine Erben, keine Realklage gegen jeden Beſitzer. Vermacht mir aber der Erblaſſer die Schuld: ſo bekomme ich eine Hypothek, alſo ein dingliches Recht und eine dingliche Klage. Denn jeder Legatar hat eine Hypothek auf des Erblaſſers Vermögen. 3) Wennn ich meine Forderung nicht erweiſen, und der Erbe mir ſie daher bezweifeln konnte: ſo hat das legatum debiti den groſſen Nutzen, daß ich nun ſtatt des Beweiſes mich auf das Teſtament beziehen, und vermöge dieſes die legirte Summe fordern kann. Geſetzt auch, ich hätte gar nichts zu fordern gehabt: ſo kann ich dennoch die legirte Summe verlangen. Denn genug, der Teſtator hat ſie mir vermacht, und alſo gewollt, daß ſie mir ausbezahlt werde. Nur muß, wenn das legatum debiti **dieſen dritten** Nutzen haben ſoll, im Teſtament eine **gewiſſe** Summe ausgedrückt ſeyn. Z. E. die 1000 Rthlr. **die mir A. ſchuldig iſt**, vermache ich ihm. Heiſt es hingegen nur überhaupt: **das, was mir A. ſchuldig iſt**, vermache ich ihm, ſo fällt dieſer Vortheil weg. 4) Wenn ich nur eine actionem ſtricti

iuris

iuris wegen meiner Forderung hatte: ſo bekomme ich durch das Legat eine actionem bonae fidei. Wie dieſe beyde Arten von Klagen unterſchieden ſind, wird ſich §. 1128. u. f. f. zeigen. Da heutigstags alle Klagen bonae fidei actiones ſind: ſo fällt dieſer Nutzen des legati debiti weg.

§. 465. Vom praelegato dotis.

Wenn ich eine Brautgabe vermache: ſo geht das Vermächtniß entweder auf meine Ehefrau, oder auf eine andere Perſon. Vermache ich meiner Ehefrau, den von ihr mir zugebrachten Brautſchatz: ſo heiſt es *praelegatum dotis*. Setze ich aber einer andern Weibsperſon eine Brautgabe aus: ſo heiſt es *legatum dotis*. Das letzte ſetzt die ſtillſchweigende Bedingung voraus, daß die legataria heyrathet. Erfolgt dieß nicht: ſo kann ſie auch, der Regel nach, das Vermächtniß nicht fordern. (*[1]) Das praelegatum dotis ſcheint bey dem erſten Anblick ohne Nutzen zu ſeyn, denn die Ehefrau kann ihre Brautgabe zurück fordern, wenn ſie ihr auch nicht vermacht iſt. Indeſſen iſt es doch zuweilen ſehr vortheilhaft. Denn 1) dient es der Wittwe dazu, daß ſie die Brautgabe ſogleich nach des Mannes Tode zurück verlangen kann, da ſie auſſerdem, wenn die Brautgabe in Mobilien und baarem Gelde beſteht, ein Jahrlang warten müßte. 2) Daß die Erben des Mannes die Unkoſten, welche er auf die Dotalſachen verwendet hat; z. E. auf die Reparatur der Dotalgebäude, nicht anrechnen, und von der Wittwe vergütet fordern können. 3) Wenn der Teſtator eine gewiſſe Summe angegeben hat, z. E. ich vermache meiner Frau die 1000 Rthlr. die ſie mir zugebracht: ſo iſt die Wittwe nicht ſchuldig, die Illation dieſer Summe zu beweiſen; das heiſt nicht ſchuldig zu beweiſen, daß ſie wirklich ihrem Manne ſo viel zugebracht habe; ſondern die Erben des Mannes ſind ihr die benannte Summe zu bezahlen ſchuldig, wenn ſie auch nichts zugebracht hätte. Ich ſage die Erben des Mannes; denn wenn über deſſen Vermögen ein Concurs entſteht, und die Wittwe ihr eingebrachtes aus der Maſſe fordert: ſo iſt das im Teſtament enthaltene Geſtändniß des Mannes zum Beweiß gegen die andern Gläubiger nicht hinreichend.

(1) Dieß iſt die gemeine Meynung. Man ſehe *Stryk* caut. teſtam. cap. 20. §. 35. *Lauterb.* coll. th. pr. tit. de dote praeleg. §. 5. *Voet.* ibid. n. 5. das Gegentheil behaupten *Nettelbladt* in diſſ. de legato dotis conſtituendae §. 15. ſqq. *Walch* controverſ. pag. 193.

§. 566. Vom legato ſpeciei, partitionis, quantitatis und generis.

Die Vermächtniſſe ſind in Rückſicht auf ihren Gegenſtand mancherley; entweder legata *ſpeciei*, oder *partitionis*, oder *generis*, oder *quantitatis*. Species

cies heiſt bey den Juriſten, was bey den Philoſophen individuum iſt, eine völlig beſtimmte und exiſtirende Sache. Z. E. dieſes Haus, worin ich wohne, dieſer Tiſch, der vor mir ſteht, ſind ſpecies. Genus heiſt bey den Juriſten das, was die Philoſophen ſpeciem nennen, eine Aehnlichkeit der einzelnen Dinge (ſimilitudo individuorum.) Wenn man z. E. mehrere wirklich exiſtirende Menſchen mit einander vergleicht: ſo findet man, daß ſie alle in gewiſſen Stücken übereinſtimmen; dieſe Uebereinſtimmung heiſt ein genus, das genus Menſch. Iſt das genus durch Zahl, Maaß oder Gewicht beſtimmt, ſo heiſt es *quantitas*. Wenn ich einem alſo dieſes Haus, dieſen Tiſch vermache: ſo iſt es legatum ſpeciei. Vermache ich aber einem ein Reitpferd, eine goldne Sackuhr, kein beſtimmtes Pferd, keine beſtimmte Sackuhr: ſo iſt es legatum generis. Endlich ein legatum quantitatis iſt es, wenn ich einem ein Stück Wein, ein Geſpann Pferde, 1000 Rthlr. vermache. Was *pars quota* der Erbſchaft ſey, iſt ſchon bey dem 552. §. erklärt worden.

§. 567. Was iſt bey dem legato ſpeciei Rechtens?

1) Von dem legato ſpeciei iſt zu bemerken, daß wann die legirte ſpecies durch einen Zufall zu Grunde gehet, z. E. das mir vermachte Haus abbrennt, das mir vermachte Pferd crepirt, der legatarius den Schaden tragen muß. Ich ſage durch einen Zufall, denn wenn es durch die Schuld des Erben geſchieht, und wenn er nur die mindeſte Schuld hat: (*[1]) ſo muß er dafür haften. Auch wenn er in mora iſt, das heiſt, die legirte Sache nicht zu rechter Zeit dem legatario präſtiret, und dieſer Verzug zu dem Untergang der Sache beyträgt: ſo muß er den Schaden erſetzen; L. 23. D. de V. O.

2) Wie aber, wenn ich einem zwey beſtimmte Sachen (ſpecies) vermache, und eine zu Grunde geht? Man diſtinguire; entweder a) ſind ſie beyde res principales, oder b) eine iſt ein acceſſorium von der andern. Im erſten Fall kann der Legatar die noch übrige Sache fordern. Im letzten Fall aber iſt entweder die Principalſache zu Grunde gegangen, hier kann der Legatar die acceſſoriſche Sache nicht verlangen; oder die acceſſoriſche Sache iſt verloren gegangen; alsdenn kann der Legatar doch die Principalſache noch fordern. Wenn ich einem z. E. meine zwey Reitpferde vermache, und eines davon crepirt, ſo gebührt dem Legatar doch das andere. Vermache ich einem ein Reitpferd mit Sattel und Zeug, und das Pferd crepirt: ſo kann er auf Sattel und Zeug keinen Anſpruch machen. Wenn hingegen dieſes letzte durch Zufall, z. B. Diebſtahl verloren geht: ſo behält doch der Legatar ſein Recht

auf

auf das Pferd. Wenn ich 3) eine univerſitatem rerum einen Inbegriff von mehreren Sachen, die einen gemeinſchaftlichen Namen führen, (§. 278.) z. E. eine Bibliothek, eine Heerde Vieh vermache, und dieſe univerſitas einen Zuwachs bekommt: ſo iſt dieß ein Vortheil für den Legatar. Wenn aber die univerſitas vermindert wird: ſo muß er auch den Schaden tragen. Wenn alſo die Heerde Schaaſe durch Lämmer vermehrt wird: ſo gehören dieſe dem Legatar. Krepiren aber alle Schaaſe bis auf Eins: ſo gehört ihm auch dieſes, ob es gleich keine Heerde ausmacht.

(1) Denn es heiſt in der L. 47. §. 5. D. de legat. I. culpa autem qualiter ſit aeſtimanda videamus. An non ſolum ea, quae dolo proxima, verum etiam ea, quae levis eſt. *An numquid et diligentia quoque exigenda eſt ab herede? Quod verius eſt.* Ein anderes iſt zu behaupten, wenn ein legatarius oder fideicommiſſarius ſingularis mit einem Legat oder Fideicommiß beſchwert iſt. *Voet.* ad pand. tit. de legat. n. 50. *Cocceji* iur. controv. eod. tit. Qu. 25. Uebrigens iſt dieſe Materie controvers, und nicht alle Juriſten nehmen die hier vorgetragene Sätze an. S. *Müller* ad *Struv.* Ex. 35. th. 21. lit. α.

§. 568. Vom legato partitionis.

Eine beſondere Art von Vermächtniſſen iſt das *legatum partitionis*, wenn ich einen partem quotam der Erbſchaft oder meines Vermögens, (*partem hereditatis ſive bonorum*) z. E. die Hälfte, ein Drittel, ein Viertel vermache. Man nennt einen ſolchen Legatar partiarium. Dieſer Legatar ſieht einem Erben ſehr ähnlich, weil er einen Theil der Erbſchaft, wie ein Miterbe bekommt. Aber er iſt doch kein Erbe. Denn a) er hat kein ius accreſcendi, wenn ein Miterbe wegfällt, das heiſt nicht erben mag, oder nicht kann. Wenn nur Ein Erbe eingeſetzt iſt, und dieſer wegfällt, oder wenn alle eingeſetzte Miterben wegfallen, daß alſo das Teſtament deſtituirt wird: ſo bekommt der legatarius partiarius gar nichts. b) Er iſt kein ſucceſſor iuris, er tritt nicht in die Rechte des Verſtorbenen ein, er kann die actiones hereditarias nicht anſtellen, die Schuldner des Erblaſſers nicht belangen. Dieß thut allein der Erbe. Auch die Gläubiger des Verſtorbenen können gegen ihn nicht klagen; ſie müſſen ſich allein an den Erben halten. Weil indeſſen die Erbſchaft, und folglich auch die legirte pars quota durch die eingehenden Activſchulden vermehrt, durch die Zahlung der Paſſivſchulden hingegen vermindert wird: ſo iſt jener Zuwachs ein Vortheil für den Legatar, und dieſer Abgang ein Schade für ihn. Daher leiſteten der Erbe und ein legatarius partiarius einander wechſelsweis Caution. Der Erbe cavirte, daß wenn noch Activſchulden eingehen würden, der Legatar ſeinen Antheil davon haben ſollte: und der Legatar cavirte, daß wenn ſich noch Paſſivſchulden entdecken würden, er ſeinen Antheil daran be-

zahlen wolle. Dieſe Cautionen hieſſen ſtipulationes partis et pro parte.

Schon zu Juſtinians Zeiten war das legatum partitionis nicht mehr gewöhnlich. Die Urſache nemlich, warum dieſes legatum aufkam, waren die ſacra privata. Ein jeder Römer hatte ſeinen beſondern Haus- und Privatgottesdienſt. Wer der Erbe meines Vermögens wurde, mußte auch meine ſacra privata fortſetzen. Dieß war aber dem Erben, weil es Koſten machte, läſtig. Wenn alſo ein Erblaſſer jemand einen Theil der Erbſchaft hinterlaſſen und ihn von jener Laſt befreyen wollte, ſo ſetzte er ihn nicht zum Erben ein, ſondern hinterließ ihm ein legatum partitionis, *ne ſacris alligetur*, wie Cicero (*1) ſagt. Mit Einführung der chriſtlichen Religion fielen die ſacra privata, folglich auch die Veranlaſſung zum legato partitionis weg. (*2) Uebrigens war es wohl Niemanden verwehrt, noch immer ein legatum partitionis zu verlaſſen. Heutiges Tags wird dieſe Art von Vermächtniſſen noch weniger vorkommen. Wenn bey uns ein Teſtator ſagt: er **vermache** mir die Hälfte, ein Drittel, ein Viertel u. ſ. w. ſeines Vermögens, ſo werde ich als Erbe angeſehen, habe alſo das ius accreſcendi in der Erbſchaft, kann klagen und belangt werden, die Cautionen fallen weg. Denn im gemeinen Leben heiſt **vermachen** ſo viel als **zum Erben einſetzen**. Hätte indeſſen der Teſtator dabey erklärt, daß ich kein Erbe, ſondern legatarius ſeyn ſollte: ſo würde das römiſche Recht gelten. (*3)

(1) Cic. de leg. lib. 2. cap. 20.

(2) *d'Arnaud* var. coniectur. lib. 2. cap. 1. et 2.

(3) Man ſehe von dieſer Art der Vermächtniſſe auch *Chiflet.* tr. de fideicommiſſ. Lib. 2. Cap. 4. in theſaur. Otton. Tom. V. pag. 789.

§. 569. Vom legato generis.

Das legatum generis iſt zuweilen nützlich, zuweilen unnütz. Unnütz iſt es, wenn das genus ſo allgemein iſt, daß es Dinge unter ſich begreift, die dem Legatar nicht dienen; ſo weitläuftig, daß der Erbe dem Legatar etwas geben könnte, was gar keinen Werth hat. So würde es z. E. ein unnützes legatum generis ſeyn, wenn ich einem ein Thier, einen Körper, ein Ding vermachen wollte. Nützlich aber iſt dieſes Vermächtniß, wenn das genus nicht ſo allgemein iſt; z. E. wenn ich einem ein Reitpferd, ein Wohnhaus, einen Garten vermache. Denn auch ein ſchlechtes Reitpferd, ein ſchlechtes Wohnhaus, ein ſchlechter Garten hat doch einigen Werth. 2) Wer hat aber die Wahl bey dieſem Vermächtniß, der Erbe oder Legatar? Man diſtinguire,

entweder vermache ich einem ein genus von Dingen, dergleichen in der Erbſchaft ſind, z. E. eins von meinen Reitpferden, oder von ſolchen Dingen, die ſich nicht darin befinden, z. E. ich vermache einem ein Reitpferd, hinterlaſſe aber dergleichen nicht. Im letzten Fall wählt der Erbe. (*[1]) Im erſten aber kommt es darauf an, an wen der Teſtator die Worte gerichtet hat. Hat er a) geſagt: mein Erbe ſoll dem A. eins von meinen Büchern geben: ſo wählt der Erbe; doch darf er nicht das ſchlechteſte geben. Heiſt es aber b) A. ſoll eins aus meinen Büchern haben, nehmen: ſo wählt der Legatar, doch darf er nicht das beſte nehmen. Sind endlich c) die Worte an keinen von beyden gerichtet; z. E. ich vermache dem A. eins von meinen Büchern: ſo wählt ebenfalls der Legatar: (*[2]) aber das beſte Buch darf er auch jetzt nicht ausſuchen, (*[3])

(1) *Gebauer* diſſ. de opt. legat. §. 3. in opuſc. Tom. 1. p. 424.

(2) L. 11. pr. D. de leg. I. *Lauterb.* coll. th. pr. tit. de optione legat. §. 35. *Hert.* diſſ. de electione ex obligatione alternativa, ſect. 3. §. 6. Gmelin und Elſäſſers gemeinnützige juriſtiſche Beobachtungen 1. Band. 167. u. f. f. Seite.

(3) Anderer Meynung iſt *Gebauer* l. c. §. 2. Er glaubt, daß in den Fällen b) und c) der Legatar das beſte nehmen, und im Fall a) der Erbe das ſchlechteſte geben dürfe. Aber L. 37. pr. de legat. I. iſt zu deutlich für uns.

§. 570. Von legato optionis.

Wenn dem Legatar die Wahl vom Teſtator ausdrücklich verſtattet iſt; z. E. A. ſoll eines von meinen Büchern haben, und zwar das, welches er ſich ausſuchen wird: ſo heiſt es legatum optionis oder electionis, und nun kann ſich der Legatar auch das beſte wählen. Nach dem alten römiſchen Recht mußte er aber in eigner Perſon wählen; ſtarb er vor der geſchehenen Wahl, ſo war das Legat extinguirt. Nach einer Verordnung K. Juſtinians hingegen kann auch der Erbe des Legatars wählen. Hat übrigens der Legatar einmal gewählt: ſo kann er das gewählte Individuum nicht wieder zurückgeben, und eine neue Wahl vornehmen.

§. 571. Lehrſatz vom legato generis und quantitatis.

Genus und quantitas ſind abſtracte Begriffe, ſie haben keine Exiſtenz als in unſrer Vorſtellung, ſie hören nicht auf zu exiſtiren, wenn ein oder das andere Individuum, das zu dem genere oder der Quantität gehört, die Exiſtenz verliehrt; (genus et quantitas non pereunt.) Wenn ich einem dieſes Pferd, dieſe Taſchenuhr vermache, und das Pferd crepirt, die Uhr wird geſtohlen; ſo iſt das Vermächtniß erloſchen. Wenn ich einem aber a) ein Pferd, eine

eine Taſchenuhr überhaupt (in genere) vermache: ſo kann das Vermächtniß auf dieſe Art nicht erlöſchen, ſo lang nicht alle Pferde, alle Taſchenuhren auf dem Erdboden zu Grunde gehen. Geſetzt auch, daß das Pferd, die Uhr, die der Erbe in der Abſicht gekauft hat, um ſie dem Legatar zu übergeben, zu Grunde gehen: ſo kann dieſer doch ſein Vermächtniß fordern. Hab ich b) einem eines **von meinen Pferden**, eine **von meinen Taſchenuhren** vermacht: ſo kann er das Legat verlangen, wenn gleich eines oder einige dieſer Stücke zu Grunde gehen. Erſt alsdenn, wenn ſie alle durch Zufall um- oder wegkommen, wird das Legat extinguiret.

§. 472. Vom legato facti.

Der Gegenſtand eines Vermächtniſſes können nicht nur Sachen, ſondern auch *facta* ſeyn. Wenn nemlich der Teſtator ſeinem Erben befiehlt, mir zum Vortheil ein Factum zu thun: ſo hat er mir dieſes Factum vermacht. So kann z. E. der Teſtator ſeinem Erben, der ein Gelehrter iſt, befehlen, mir Unterricht in einer Wiſſenſchaft zu ertheilen; ſeinem Erben, der noch unverheyrathet iſt, befehlen, daß er einem ledigen Frauenzimmer das Factum leiſte, ſie zu heyrathen. Nur muß das Factum erlaubt, den Geſetzen nicht zuwider ſeyn; ſonſt iſt der Erbe nicht verbunden, es zu präſtiren.

§. 573. Die legata ſind entweder pura, oder conditionata, oder in diem, oder ex die, oder ſub demonſtratione, oder ſub cauſa, oder ſub modo.

Ein Vermächtniß kann 1) unbedingt, 2) unter einer Bedingung, 3) mit einer Beſchreibung, 4) mit Anführung der Urſache, und 5) mit Beſtimmung des Endzwecks hinterlaſſen werden. Im erſten Fall heiſt es *legatum purum*, im zweyten *conditionatum*, im dritten *ſub demonſtratione*, im vierten *ſub cauſa*, im fünften *modale*.

§. 574. Lehrſätze vom legato conditionali.

Bey dem bedingten Vermächtniß iſt eben das Rechtens, was bey der bedingten Erbeinſetzung gilt. Wenn ich einem daher etwas unter einer poteſtativen negativen Bedingung vermache: ſo kann er die Aushändigung des Legats ſogleich verlangen, wofern er die Mucianiſche Caution leiſtet. Z. E. wenn ich einem 10000 Rthlr. mit dem Beding hinterlaſſe, daß er ſeinen bisherigen Wohnort nicht verlaſſen ſoll; ſo muß ihm dieſe Summe ſogleich ausgezahlt werden, im Fall er Caution ſtellt, daß er die vorgeſchriebene Bedingung nicht übertreten werde.

§. 475.

56.
22
78.

[illegible]